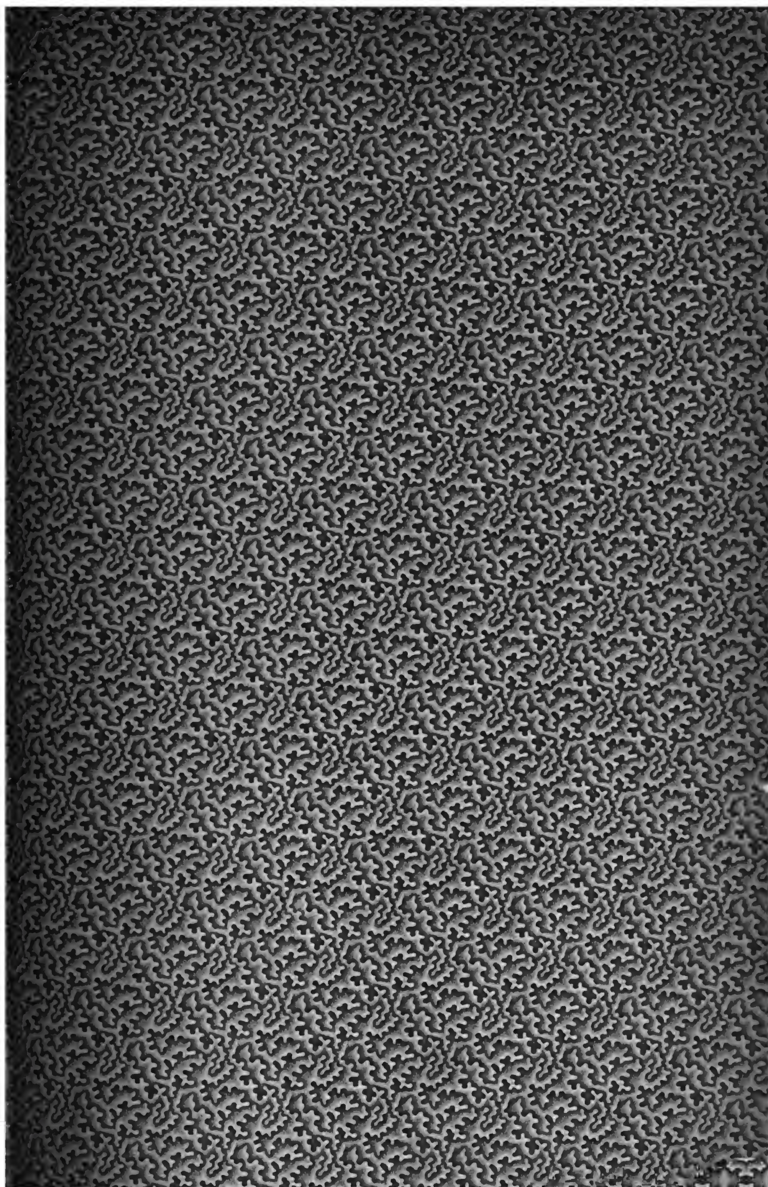








REVUE

DES

REVUES DE DROIT.



REVUE

DES

REVUES DE DROIT

PUBLIÉES A L'ÉTRANGER.

RECUEIL TRIMESTRIEL.

TOME SECOND.

(1839.)

BRUXELLES,
SOCIÉTÉ TYPOGRAPHIQUE BELGE.
ADOLPHE WAHLEN ET COMPAGNIE.
PARTIE DE JURISPRUDENCE. — H. TARLIER, GÉRANT.

1839

REVUE

DES

REVUES DE DROIT.

I.

Histoire du Droit.

ÉTUDES SUR LES COUTUMES,

PAR H. KLIMRATH, DOCTEUR EN DROIT.

Les coutumes qui régissaient la France avant la révolution offrent à l'historien du droit, sous un double rapport, le plus puissant intérêt. Par leur diversité, elles retracent, mieux qu'aucun autre ordre de faits, la vive image de cette France du moyen âge, si morcelée dans son territoire, si bigarrée en apparence, parce qu'elle était riche et inépuisable dans les manifestations spontanées de son activité nationale. Par leur unité, au contraire, par l'identité de leur esprit, elles ont pu aspirer à se fondre dans un droit commun consigné dans un texte unique sous la sanction législative; elles ont pu devenir la source où ont puisé largement les rédacteurs du Code civil.

Cette unité de coutumes, incontestable pour quiconque en a fait une étude approfondie, n'est pas cependant, comme leur diversité, un fait dont l'évidence frappe d'abord les yeux même les moins exercés : elle est obscurcie et voilée sous la multiplicité des formes. Celui qui réussirait à la dégager pure et brillante, ferait, sans contredit, œuvre de jurisconsulte; car il préparerait les éléments de l'interprétation la plus sûre et la plus large, la plus féconde et la plus scientifique qui se puisse faire du Code civil. Mais l'unité ne peut être dégagée qu'après que la diversité a été reconnue : le but du jurisconsulte ne saurait être atteint qu'après un examen préalable qui satisfait en même temps à la noble et utile curiosité de l'historien.

Chose étrange ! c'est au moment où la tendance à l'unité se déclare que l'étude de la diversité des coutumes, quant à leurs dispositions mêmes et quant aux lieux qu'elles régissent, devient seulement possible. On comprend donc pourquoi j'ai dû circonscrire ce travail dans les limites bien vastes encore des coutumes rédigées officiellement à partir de la seconde moitié du quinzième siècle; d'autant que je n'osais tenter d'exécuter ici la grande entreprise dont je viens d'indiquer les deux faces principales, et qui ne serait pas indigne d'un Coquille ou d'un Dumoulin. Peut-être y a-t-il quelque utilité à l'ébaucher du moins, et à préparer quelques matériaux, dans ce temps où l'application de l'histoire au droit ne compte encore qu'un si petit

nombre de partisans sincères et zélés, qui ne la réduisent pas à un lieu commun sans conséquence.

§ I. *Rédaction officielle des coutumes.*

Première période.

Sur la fin de l'époque féodale, alors que la France commençait à se relever des maux que lui avait faits la guerre des Anglais, quelques germes de gouvernement régulier et unitaire, tel que l'ont réalisé les temps modernes, commencent à poindre dans les ordonnances de Charles VII. Celles qu'il rendit à Montil-lès-Tours, en avril 1453, avant Pâques (vieux style), portent à l'article 125 et dernier ce qui suit :

« *Item.* Et que les parties en jugement, tant en nostre court de parlement que pardevant les autres juges de nostre royaume, tant nostres qu'autres, proposent et allèguent plusieurs usages, stiles et coustumes, qui sont divers selon la diversité des pays de nostre royaume, et les leur convient prouver, parquoy les procez sont souventes foys moult allongez ; et les parties constituées en grands fraiz et despens, et que si les coustumes, usages et stiles du pays de nostre dit royaume estoient redigez par escrit, les procez en seroient de trop plus briefz, et les parties soubs-levées de despenses et mises, et aussi les juges en jugeroyent mieux et plus certainement (car souventesfois advient que les parties prétendent coustumes contraires en un mesme pays, et aucunes foys les coustumes muent et varient à leur appétit, dont grandz dommages et inconvénients adviennent à nos subjectz). Nous voulans abréger les procez et litiges d'entre nos subjectz, et les relever de mises et dépens, et mettre certaineté ès jugemens tant que faire se pourra, et oster toutes matières de variations et contrarietez ; ordonnons et décernons, déclarons et statuons : que les coustumes, usages et stiles de tous les pays de nostre royaume soyent redigez et mis en escrit, accordez par les coustumiers, praticiens et gens de chascun estat desdiz pays de nostre royaume, lesquelz coustumes, usages et stiles ainsi accordez seront mis et escritz en livres, lesquelz seront apportez pardevers nous, pour les faire veoir et visiter par les gens de nostre grand conseil, ou de nostre parlement, et par nous les décréter et confermer ; et iceux usages, coustumes et stiles ainsi décrétez et confermez, seront observez et gardez ès pays dont ils seront, et ainsi en nostre court de parlement ès causes et procez d'iceux pays ; et jugeront les juges de nostre dit royaume, tant en nostre court de parlement que noz baillifs, seneschaux et autres juges, selon iceux usages, coustumes et stiles, ès pays dont ils seront, sans en faire autre preuve que ce qui sera escript audit livre ; et lesquelles coustumes, stiles et usages ainsi escritz, accordez et confermez, comme dict est, voulons estre gardez et observez en jugement et dehors. Toutesfoys nous n'entendons aucunement dérogea au stile de nostre court de parlement. Et prohibons et defendons à tous les advocatz de notre royaume qu'ils n'allèguent ne proposent autres coustumes, usages et stiles, que ceux qui seront escriptz, accordez et decretez comme dict est ; et enjoignons ausdictz juges qu'ils punissent et corrigent ceux qui feront le contraire, et qu'ils n'oyent ne reçoivent aucunes personnes à alléguer, proposer ne dire le contraire. »

L'exécution de cette ordonnance remarquable allait faire plus que faciliter la connaissance et la preuve des coutumes ; elle allait en changer essentiellement le caractère et la force obligatoire. A l'autorité de la coutume proprement dite se substituait l'autorité d'une loi, puisée sans doute dans l'élément coutumier, mais fixe et inflexible désormais, puisqu'il devait être défendu à tous avocats de proposer et à tous juges d'admettre d'autres coutumes que celles qui auraient été rédigées officiellement de l'avis des états sous l'autorité du roi.

Mais cette exécution ne pouvait être immédiate. Les coutumes, lorsqu'elles seraient rédigées sur les lieux, devaient, avant leur confirmation, être renvoyées au roi, afin qu'il les fît voir et visiter par les gens de son grand conseil ou de son parlement. Il est même douteux qu'un commencement d'exécution ait eu lieu alors. Toutefois, on ne doit point reléguer cette ordonnance au nombre des injonctions vaines et stériles que le législateur hasarde quelquefois sans les avoir suffisamment mûries et sans se soucier ensuite de ce qu'elles deviennent. Non-seulement cette ordonnance de Charles VII fut le fondement de tous les travaux ordonnés, avec beaucoup d'esprit de suite, par les rois ses successeurs pour l'accomplissement du but qu'elle prescrivait ; mais son influence s'étendit au delà des limites mêmes de l'obéissance du roi, et c'est là qu'elle porta ses premiers fruits.

Dès le 11 mars 1457, le duc de Bourgogne, Philippe le Bon, donna à Bruges, sur les remontrances des états du comté de Bourgogne, des lettres patentes pour la rédaction des coutumes de ce pays ; et c'est sans doute vers le même temps que la rédaction de celles du duché de Bourgogne fut ordonnée aussi à la supplication des états. L'une et l'autre rédaction eut lieu : les coutumes du duché furent confirmées le 26 août 1459 ; celles du comté le 28 décembre de la même année (1).

Quoiqu'on ait affirmé (2) que Louis XI ne

(1) Coutumier général, t. II, p. 1169, 1181, 1193, 1205.

(2) *Recueil général des anciennes lois françaises*, par MM. Isambert, Decrusy et Armet, t. XI, p. 458.

fit rien pour la rédaction des coutumes, il est certain, par des lettres-patentes de son fils, Charles VIII, du 28 janvier 1493 (1), qu'il avait renouvelé l'ordre de rédiger les coutumes et de « les apporter par devers lui à certain jour pour les décréter et en ordonner ainsi qu'il verrait être à faire : ce qui fut lors fait par aucuns baillifs et sénéchaux du royaume. » En effet, nous voyons (2) qu'il en fut délibéré dans une assemblée tenue à Troyes, en septembre 1481, en vertu de cette ordonnance de Louis XI; et que la même année, le bailli de Berry ordonna à son lieutenant de Mehun-sur-Yèvre de mettre par écrit les coutumes du lieu. Ce qui fut fait à Troyes ne fut point conservé, mais les coutumes du ressort royal de Mehun se trouvent insérées au Coutumier général (3). Ce sont là les seuls faits certains que nous ayons pu constater; mais il est vraisemblable que d'autres rédactions eurent lieu à la même époque (4), et notamment que les anciennes coutumes de la ville et septaine de Bourges et celles de la ville et châtellenie d'Issoudun, insérées au Coutumier général (5), furent rédigées par les soins de ce même bailli de Berry, qui avait tenu la main à ce que les ordres du roi fussent exécutés à Mehun-sur-Yèvre. C'est sur cette ancienne coutume de Bourges que le plus ancien commentateur des coutumes, *Boërius*, ou Bohier, président au parlement de Bordeaux, écrivit son commentaire dès 1508, trente ans avant la rédaction de la nouvelle coutume de Berry.

Ces coutumes, qui, avant leur confirmation par le roi, n'étaient encore que des projets de rédaction, ne furent point décrétées; Louis XI, pour nous servir des expressions de son fils dans les lettres déjà citées, « à l'occasion des empêchements et autres grandes affaires qui lors survinrent, ne put bonnement mettre à exécution la délibération prise par lui en cette matière. »

Ce ne fut même pas encore sous Charles VIII, malgré l'impulsion qu'il donna à la rédaction des coutumes par ses lettres patentes du 28 janvier 1493 et du 15 mars 1497, qu'aucune d'elles pût être décrétée. La mort le surprit au moment où il allait mettre le couronnement à l'œuvre qu'il avait poussée avec une grande vigueur et à quelques égards suivant une direction nouvelle.

Par les premières de ces lettres, données à Montils-lès-Tours (6), la forme des assemblées et le modèle de la rédaction des cahiers furent déterminés, et il fut enjoint aux officiers de lieux d'envoyer au roi ces cahiers en forme due et authentique. Ainsi furent rédigées les coutumes de Chaumont et de Melun, en 1494; de Ponthieu, en 1494 et 1495; de Troyes, en 1494 et 1496; de Sens et de Boulenois, en 1495; d'Amiens, en 1496. Les coutumes de Sens et de Ponthieu, décrétées plus tard, et les cahiers des coutumes non décrétées de Troyes, de Chaumont et de Boulenois, sont imprimées dans le Coutumier général (7). Brodeau (8) possédait un manuscrit des coutumes de Montargis rédigées dans cette ville au mois d'avril 1494. Plusieurs autres coutumes, que l'impression n'a point conservées, ont dû être rédigées dans le même temps, puisqu'on voit bientôt après qu'il ne restait plus qu'à les publier. Enfin, c'est à cette époque que trois autres coutumes ont été rédigées sans la participation du roi de France : celle de Hainaut, en 1483, sous l'empereur Maximilien et Philippe I[er] de Castille (9); celle de Nivernais et de Donziois, en 1490, par l'autorité du duc de Brabant, comte de Nevers (10); celle de Bourbonnais, en 1493 et 1494, en vertu de lettres du duc Pierre (11). Mais ces deux dernières, pour devenir obligatoires et exclure la preuve par turbes, avaient besoin de la confirmation du roi, aussi bien que les coutumes rédigées directement par son ordre. Car le fait de la conversion des coutumes en loi écrite était de droit royal, comme tout autre acte législatif.

Les coutumes, ainsi rédigées dans les assemblées locales, furent envoyées au roi par

---

(1) Elles se trouvent rapportées aux anciens procès-verbaux de Troyes et de Chaumont, et au procès-verbal de Boulenois.

(2) Ancien procès-verbal de Troyes, Coutum. gén., t. III, p. 269.

(3) T. III, p. 926 et suiv.

(4) Je n'ose décider s'il faut rapporter ici une ancienne coutume de Poitou que Dumoulin dit, dans une note (Coutum. génér., t. IV, p. 775), avoir été imprimée en 1486, et être presqu'en tout conforme à la rédaction de 1514. Camus, dans la Biblioth. de Droit, mentionne une édition gothique sans date et sans nom d'imprimeur, et une autre aussi gothique imprimée à Paris en 1500.

(5) T. III, p. 905 et 915.

(6) Coutum. génér., t. I, p. 25; t. III, p. 367, 371.

(7) Coutum. génér., t. I, p. 25, 81; t. III, p. 269, 373, 483.

(8) Note dans le Coutum. génér., t. III, p. 830.

(9) Coutum. génér., t. II, p. 1.

(10) Ratifiée le 28 juin 1494, et imprimée à Paris en 1503, suivant une note de Dumoulin; imprimée en 1518, suivant la Biblioth. du droit de Camus. — *V*. Coutum. génér., t. III, p. 1123, note *a*, et p. 1164.

(11) Coutum. génér., t. III, p. 1208 et suiv.

les baillis, sénéchaux et autres officiers. Thibaut Baillet, président au parlement de Paris; Guillaume Dauvet, maître des requêtes ordinaire de l'hôtel; Nicole de Hacqueville et Etienne de Poncher, présidents aux enquêtes; Philippe Simon, Guy Arbalètre et Guillaume de Besançon, conseillers; Jean Lemaître et Guillaume Volant, avocats du roi au parlement, commis par lettres patentes données à Lyon, le 19 janvier 1495 (1), sur le fait des coutumes, en examinèrent les cahiers et en donnèrent leur avis par écrit. Cet avis devait être vu à son tour par le premier président Jean de la Vacquerie, assisté de plusieurs conseillers au parlement et de quelques-uns des premiers commissaires. Mais des difficultés s'élevèrent dans cette communication, des lenteurs interminables s'ensuivirent, et le roi, pour y porter remède, ordonna, après la mort de la Vacquerie, par ses lettres d'Amboise, du 15 mars 1497 (2), que toutes les coutumes qui auraient été vues par les premiers commissaires, soit que la communication eût eu lieu ou non, et toutes celles qui seraient vues par eux à l'avenir, seraient immédiatement publiées sur les lieux. Deux d'entre eux devaient se rendre à cet effet dans chaque bailliage, sénéchaussée ou autre juridiction du royaume, y assembler de nouveau les trois états, et accorder les difficultés qui s'étaient élevées du consentement de ceux-ci ou de la plus grande et saine partie. Les difficultés qui ne pourraient être facilement vidées de la sorte, devaient être rédigées par écrit et renvoyées à la cour de parlement, qui prononçait définitivement dans ce cas (3).

Ces lettres si importantes sont encore remarquables parce qu'on y trouve la première trace du désir de modifier les coutumes en même temps qu'on les rédigeait. On y rappelle que les officiers des lieux chargés de rédiger les coutumes avec les praticiens et les gens des trois états, devaient aussi donner leur avis de ce qu'il leur semblerait y devoir être corrigé, ajouté, diminué ou interprété : disposition qui ne se trouve pas cependant dans les lettres de 1493 qu'on semble vouloir rappeler ici.

Charles VIII renouvela par ses lettres du 2 septembre (4) l'ordre qu'il avait déjà donné aux commissaires de procéder à la publication des coutumes, mais il mourut à Amboise le 7 avril 1497 avant Pâques, et ses lettres restèrent sans exécution. Louis XII, préoccupé d'autres affaires, ne put reprendre aussitôt les errements de son prédécesseur. Toutefois deux des commissaires, Baillet et de Besançon, se rendirent à Moulins par l'ordre du roi, et y publièrent le 19 septembre 1500 les coutumes de Bourbonnais, rédigées précédemment de l'autorité du duc (5).

Ici finit donc, dans l'histoire de la rédaction officielle des coutumes, la période des travaux préparatoires.

Deuxième période.

Louis XII ne pouvait rester longtemps sans donner la plus sérieuse attention à cette grande entreprise qui répondait aux idées d'ordre et de régularité sur lesquelles s'appuyait de plus en plus la monarchie, et qui mit fin au moyen âge, dans la sphère du droit civil, en faisant prédominer la législation par la coutume. Par ses lettres d'édit données à Blois le 4 mars 1505 (6), il renouvela les lettres de Charles VIII et en ordonna l'exécution : les commissaires établis par son prédécesseur sur le fait des coutumes, furent confirmés par lui, en substituant toutefois Christophe de Carmone, président au parlement, Germain Chartelier, conseiller, Jacques Olivier, avocat du roi, et le procureur général Jean Burdelot, à Hacqueville, Poncher, Simon et Volant, décédés, ou pourvus d'autres emplois. Il fut enjoint à ces commissaires de voir les coutumes qui ne l'auraient pas été encore et de publier toutes celles qui auraient été vues, suivant la forme prescrite par Charles VIII. Enfin, comme dans quelques bailliages, sénéchaussées et autres pays et juridictions, les coutumes n'avaient point encore été rédigées et rapportées devant le roi, ou, si elles l'avaient été, ne se retrouvaient point, les commissaires eurent ordre d'enjoindre aux officiers des lieux de procéder à cette rédaction dans le délai de deux mois au plus après la réception des commissions qui leur seraient envoyées par le roi et par les commissaires.

Grâce aux dispositions de ces lettres, ce grand travail fut repris avec une activité nouvelle, et à Louis XII appartient la gloire d'avoir doté le royaume des premières coutumes

(1) Excepté le dernier, Guillaume Volant, qui fut adjoint depuis. *V.* Coutum. génér., t. IV, p. 639.

(2) *V.* le procès-verbal de l'ancienne coutume de Touraine, à la fin. Coutum. génér., t. IV, p. 639.)

(3) On pouvait aussi appeler au parlement de la décision des commissaires.

(4) *V.* les procès-verbaux des anciennes coutumes de Melun et de Sens. (Coutum. génér., t. III, p. 427, 483.)

(5) Coutum. génér., t. III, p. 1207. — Les coutumes de Faye la Vineuse furent rédigées en 1498.

(6) Coutum. génér., t. IV, p. 638.

rédigées officiellement et revêtues de la sanction du législateur.

L'exécution des lettres de 1505 embrasse deux ordres de faits, la rédaction des coutumes qui ne l'avaient point été encore, et la publication des coutumes rédigées. Cette même année 1505, les coutumes du Perche furent rédigées en vertu de lettres spéciales du roi, envoyées au duc d'Alençon, comte du Perche, et du mandement de la duchesse douairière d'Alençon, ayant le bail du duc son fils (1). Les coutumes de Bar-le-Duc furent rédigées en 1506 (2). L'année suivante, une assemblée fut tenue à Tours pour rédiger d'une manière plus complète qu'elles ne l'avaient été précédemment les coutumes de la province (3). Les coutumes générales d'Amiens et beaucoup de locales de Picardie et d'Artois (4), celles de Gerberoi (5), de Péronne (6) et d'Auxerre furent aussi rédigées en 1507 (7).

Par suite de ces travaux préparatoires et de ceux du règne précédent, il y avait un grand nombre de coutumes qu'il ne restait plus qu'à publier. Leur publication fut successivement ordonnée par de nouvelles lettres du 25 mai 1506, pour les coutumes de Paris, Meaux, Melun, Montargis et Sens (8); du 2 avril de la même année, avant Pâques, pour celles de Chartres, d'Orléans, de Touraine, d'Anjou et du Maine (9); du 2 septembre 1508 pour celles de Chartres, d'Anjou et du Maine, à cause de la surannation des précédentes avant leur pleine exécution (10); du 18 septembre 1509 pour celles d'Orléans, de Vitry, de Chaumont et de Troyes (11); enfin, du 21 janvier 1510, pour celles de Paris (12).

La publication des coutumes de Melun et de Sens eut lieu en effet en 1506 par les commissaires Baillet et de Besançon (13). Carmone et Cartelier commencèrent la même année la publication des coutumes de Ponthieu rédigées dès 1495; mais elles ne furent décrétées, ainsi que les coutumes d'Amiens, qu'en 1507 par Carmone et de Besançon, substitué à Cartelier en son absence (14). Cette même année 1507, la coutume de Touraine fut publiée par Baillet et Burdelot (15); en 1508, celles de Chartres et Dreux, d'Anjou et du Maine par Baillet et par Jean Lelièvre, conseiller au parlement, nouvellement commis sur le fait des coutumes ainsi que Roger Barme, avocat du roi (16). Baillet et Barme publièrent en 1509 les coutumes de Troyes, Vitry, Chaumont et Meaux (17), et en 1510 celles de Paris (18). Deux autres commissaires, Etienne Buynard, conseiller au parlement, et Guillaume Roiger, procureur général, avaient procédé en 1509 à la publication de celles d'Orléans (19). Après la publication des coutumes, et le décret, qui se faisait ordinairement en même temps, les commissaires en rapportaient le cahier et le procès-verbal au parlement, et laissaient un double sur les lieux. Les coutumes apportées au parlement, y étaient déposées au greffe, et celle qui n'y avaient point été reçues, n'étaient admises en parlement qu'à titre de renseignement, quoiqu'elles fussent observées dans les tribunaux du pays du jour de leur publication. La publication des coutumes d'Auxerre paraît avoir eu lieu (20), quoique l'acte s'en soit perdu. Les coutumes de Montargis, quoique rédigées depuis longtemps, ne furent publiées que beaucoup plus tard, et il ne paraît pas que celles du Perche, de Péronne, de Gerberoi, et de Bar-le-Duc, quoique, insérées au Coutumier général, aient été décrétées, non plus que celles de Chauny, rédigées et accordées en 1510 (21).

Cette même année 1510 furent rédigées et publiées les coutumes d'Auvergne. Le mandement qui, dès le règne de Charles VIII, avait été adressé au bailli de Montferrand pour la rédaction de cette coutume, était resté sans exécution, et un autre mandement adressé par Louis XII à la duchesse de Bour-

(1) Cout. génér., t. III, p. 633.
(2) *Ib.*, t. II, p. 1018. — Il y eut aussi en 1506 une assemblée à Senlis. (*Ib.*, p. 737.)
(3) Coutum. génér., t. IV, p. 599.
(4) *Ib.*, t. I, p. 113 et passim.
(5) *Ib.*, t. I, p. 222.
(6) *Ib.*, t. II, p. 593.
(7) Celles d'Auxerre l'avaient même été en partie dès avant. *V.* le procès-verbal de l'anc. cout. d'Auxerre. (Coutum. génér., t. III, p. 587.)
(8) Coutum. génér., t. III, p. 427.
(9) *Ib.*, t. IV, p. 628.
(10) *Ib.*, t. III, p. 727. — Il y a aussi de nouvelles lettres générales de même date. (*Ib.*, p. 732.)
(11) Coutum. génér., t. III, p. 255, 328, 363, 761. Lettres générales de même date. (*Ib.*, p. 772.)
(12) Coutum. génér., t. III, p. 16. Lettres générales de même date. (*Ib.*, p. 26.)
(13) Coutum. génér., p. 427, 504.
(14) *Ib.*, t. I, p. 103, 136.
(15) *Ib.*, t. IV, p. 621.
(16) *Ib.*, t. III, p. 726; t. IV, p. 519, 584. *V.* la commission de Lelièvre et Barme. (*Ib.*, t. III, p. 727.)
(17) Coutum. génér., t. III, p. 254, 327, 361, 398.
(18) *Ib.*, t. III, p. 15.
(19) *Ib.*, t. III, p. 759.
(20) Cela semble résulter des lettres de Henri II, pour la rédaction de la nouvelle coutume d'Auxerre. (Cout. génér., t. III, p. 611.)
(21) Coutum. génér., t. I. p. 222 (Gerberoi); t. II, p. 593 (Péronne); 663 (Chauny), et 1015 (Bar-le-Duc); t. III, p. 633 (Perche.)

bonnais et d'Auvergne ne servit qu'à faire naître un différend entre le procureur du roi en Auvergne et le procureur de la duchesse, chacun d'eux prétendant que la rédaction des coutumes était de sa compétence. Par des lettres du 19 décembre 1508, Louis XII commit le premier président, depuis chancelier Duprat, et les conseillers au parlement Louis Dorille et Jean Briçonnet, pour procéder eux-mêmes tant à la rédaction qu'à la publication des coutumes d'Auvergne. L'une et l'autre n'eurent lieu toutefois qu'en 1510, après que de nouvelles lettres eurent été données à cause de la surannation des premières, et que le conseiller Louis Picot eut été substitué à ses deux collègues (1). L'arrêt d'autorisation des coutumes d'Auvergne fut donné par le parlement le 1er mars 1510.

Sur la fin du règne de Louis XII, les coutumes de La Rochelle, Angoumois et Poitou furent rédigées en 1514, et publiées la même année par les commissaires Baillet et Barme (2). Le lieutenant général du bailliage de Saint-Pierre-le-Moutier, maître Guillaume Bourgoin commença aussi en 1514 à rédiger les coutumes du bailliage, mais cette rédaction, attestée par une note de Dumoulin et par le procès-verbal de la coutume de Nivernais (3), resta sans être homologuée. Enfin c'est en 1514 que le premier président Mondot de la Marthonnie et le conseiller Compagnet d'Armandarits furent commis par le roi à la rédaction et publication des coutumes du ressort du parlement de Bordeaux. Mais ils ne firent rédiger que les coutumes de la sénéchaussée de Lannes, savoir : les coutumes de Saint-Sever, Dax, Bayonne, Labour, et vraisemblablement aussi celles de Marsan, Tursan et Gabardan (4). François Ier commit plus tard François Belcier, premier président au parlement de Bordeaux, à la publication des coutumes de Bordelais, Saintonge et Bazadois. Belcier ne publia les coutumes de Bordeaux qu'en 1521 (5); tandis que d'autres commissaires, savoir : le président Bohier, le conseiller la Chassaigne, et l'avocat général Cousinier, qui lui avaient été substitués pour le Bazadois et la Saintonge, publièrent les coutumes de cette dernière province au siége de Saint-Jean-d'Angely, dès l'année précédente (6). Le conseiller Dibarolla publia aussi en 1520 les coutumes du pays de Soule (7).

Le changement de règne occasionna aussi quelques retards dans la rédaction et publication des coutumes du ressort du parlement de Paris. Les coutumes de Loudunois, rédigées par ordre de Louis XII, ne furent publiées qu'en août 1518, par Charles de la Mothe, conseiller ordinaire du roi en son grand conseil, en vertu de nouvelles lettres de François Ier, données le 23 janvier de l'année précédente (vieux style) (8). Le 7 août 1520, François Ier donna, à la demande de la duchesse de Bourbonnais et d'Auvergne, comtesse de la Marche, des lettres adressantes à Roger Barme, président, et Nicole Brachet, conseiller au parlement, pour la réformation des coutumes de Bourbonnais et la publication de celles de la Marche : ces dernières avaient été rédigées dans plusieurs assemblées; quant à celles de Bourbonnais, plusieurs articles avaient été omis dans la première rédaction, et, en en faisant la publication, on avait négligé d'interdire aux avocats et aux parties de poser d'autres coutumes que celles contenues dans le livre coutumier. Barme et Brachet s'acquittèrent de leur double commission aux mois de mars et avril suivants, tant avant qu'après Pâques (1520 et 1521) (9). C'est en 1523 que le même Barme, assisté cette fois de Jean Prevôt, conseiller au parlement, publia les coutumes de Blois tant générales que locales, en vertu de lettres du 26 février précédent (1522). Barme, étant mort avant d'avoir pu signer les procès-verbaux des coutumes de la Marche et de Blois, qu'il avait fallu mettre au net, le parlement commit le président Antoine Leviste pour les signer en son lieu et place (10).

Les commissaires André Guillard et Jacques Allegrin, conseillers au parlement, révisèrent et publièrent en 1531 les coutumes de Montargis, rédigées sous Charles VIII (11); le même Guillard, devenu maître des requêtes de l'hôtel du roi, et Nicole Thibault, procureur général, publièrent, en 1539, les cou-

(1) Coutum. génér., t. IV, p. 1214 et suiv.
(2) *V.* ces coutumes. (Coutum. génér., t. IV.)
(3) Coutum. génér., t. III, p. 1123 et 1169.
(4) *V.* ces coutumes dans le Coutum. génér., t. IV, et le procès-verbal des coutumes de Saint-Jean-d'Angely. (*Ib.*, p. 863.)
(5) Coutum. génér., t. IV, p. 889.
(6) *Ib.*, t. IV, p. 863-864.
(7) *Ib.*, t. IV, p. 979 et 1001.
(8) *Ib.*, t. IV, p. 711 et 738.
(9) Coutum. génér., t. III, p. 1283; t. IV, p. 1135. — Les coutumes nouvellement introduites et les abrogations de coutumes anciennes, consenties par les états de la Marche et du Bourbonnais, mais dont les commissaires avaient réservé la confirmation au roi, furent autorisées par lettres du 13 mars 1521. (*Ib.*, t. III, p. 1302; t. IV, p. 1146.)
(10) Coutum. génér., t. III, p. 1099, 1100, 1118.
(11) *Ib.*, t. III, p. 856.

tumes de Senlis, de Clermont en Beauvaisis et de Valois (1). Cette même année, le premier président Pierre Lizet et le conseiller au parlement Pierre Mathé procédèrent à la rédaction et publication des coutumes de Berry, en vertu de lettres données le 25 mars 1528, à la demande de la duchesse de Berry. Les lettres d'homologation de ces coutumes sont du 5 janvier 1539, et un arrêt du parlement du 8 juin 1540 jugea une partie des difficultés que les commissaires n'avaient pu vider lors de la publication (2). Plusieurs coutumes locales de Berry et de Lorris furent rédigées par les officiers des lieux en 1534 et 1539 (3). C'est aussi en 1534 que la coutume de Nivernais fut définitivement rédigée et publiée par les conseillers au parlement Louis Rouillart et Guillaume Bourgoin, commis par le roi à la demande de la comtesse de Nivernais : car les rédactions antérieures (4) n'avaient pas été décrétées en due forme, et on avait continué à se pourvoir par preuve de témoins en turbe.

Enfin, la dernière coutume rédigée sous le règne de François I[er] fut celle de Bretagne en 1539. La publication eut lieu à Nantes, les 21, 22 et 23 octobre, en vertu de lettres patentes données le 16 août précédent par François I[er], comme père, légitime administrateur et usufructuaire du dauphin, duc et seigneur propriétaire de Bretagne. Les commissaires étaient François Crespin, président au parlement de Rennes, Nicole Quélain, président des enquêtes à Paris, Martin Ruzé, conseiller au parlement de Paris, Pierre d'Argentré, sénéchal de Rennes, et Pierre Marec, maître des requêtes de Bretagne, tous conseillers au parlement de Bretagne (5).

Le rival de François I[er], l'empereur Charles-Quint, fut aussi son émule pour la rédaction des coutumes. Il avait hérité des domaines de la maison de Bourgogne dans les Pays-Bas, et la souveraineté de l'Artois, dont il était déjà propriétaire, avait dû lui être cédée par le traité de Madrid (1525). Il rendit en 1531 une ordonnance pour la rédaction de toutes les coutumes dans ses *pays de Par-Deçà* (6). En conséquence, les coutumes de la ville de Lille, les générales de Hainaut et les particulières du ressort de Mons, furent confirmées en 1533; celles d'Ypres et de Malines le furent en 1535, et plusieurs coutumes locales d'Artois furent rédigées cette même année (7). Les coutumes générales de cette province avaient été rédigées et accordées dans l'assemblée des états, dès 1509, « sous l'autorité de l'archiduc d'Autriche, comte de Flandre et d'Artois, du temps que ces comtés étaient encore, selon leur ancienne origine, du ressort du parlement de Paris (8). » Mais ces coutumes n'avaient point été décrétées; elles le furent, avec quelques additions et changements, en 1540, par un placard d'homologation de Charles-Quint. Une nouvelle rédaction de ces coutumes générales fut confirmée et publiée en 1544, sans préjudice toutefois des coutumes locales (9). Les coutumes de Valenciennes et de Grandmont (en Flandre) furent confirmées en 1540, celles de la ville de Saint-Pol en 1548, le style de cette ville en 1550, les coutumes de Tournay et de Renaix en 1552. Ces coutumes, rédigées sur les lieux, étaient examinées d'abord par le conseil de la province, puis par le grand conseil, et enfin publiées de nouveau sur les lieux après leur confirmation par les lettres patentes de l'empereur.

Troisième période.

Il est temps de revenir aux coutumes rédigées par l'autorité des rois de France depuis la mort de François I[er] jusqu'à l'avénement de Henri IV. Dans cette nouvelle période on voit bientôt, aux coutumes publiées pour la première fois, se joindre la réformation de celles qui avaient été une fois déjà non-seulement rédigées, mais publiées et décrétées en due forme.

L'ancienne coutume de Boulenois n'avait point été publiée comme il appartenait (10); elle fut rédigée de nouveau et publiée en 1550, par Nicolas Dupré, maître des requêtes de l'hôtel, et Jean Aymery, lieutenant

(1) Coutum. génér., t. II, p. 733, 777, 811. On prit pour base de la rédaction des coutumes de Valois, le cahier ancien desdites coutumes, dressé à une époque inconnue. (Procès-verbal, p. 814.)
(2) Coutum. génér., t. III, p. 972. 988, 990.
(3) *V*. ces coutumes. Coutum. génér., t. III.
(4) Il y en avait deux, celle de 1490, et une autre faite en vertu des lettres de Charles VIII et Louis XII, sans parler de celle de Saint-Pierre-le-Moutier. *V*. le Procès-verbal. (Coutum. génér., t. III, p. 1161.)
(5) Coutum. génér., t. IV, p. 333.
(6) *V*. Coutum. génér., t. I, p. 253.
(7) Celles des pays de l'Aleue furent déclarées en 1543. *V*. toutes ces coutumes et les suivantes. (Cout. génér., t. I et II.)
(8) Coutum. génér., t. I, p. 243.
(9) *Ib*., t. I, p. 253, 255.
(10) Procès-verbal de la nouvelle coutume, dans le Coutum. génér., t. I, p. 71.

du sénéchal de Boulenois, en vertu de lettres patentes du roi Henri II, données le 1er août de cette année. La rédaction des coutumes de Châteauneuf en Thimerais avait été commencée en vertu de lettres du 17 novembre 1547; de nouvelles lettres du 14 août 1552 ordonnèrent à Antoine du Lion, Robert de Harlay, conseillers au parlement, et Christophe de Hérouard, lieutenant général au bailliage de Chartres, de reprendre les travaux commencés; et la publication de ces coutumes eut lieu la même année (1). Les coutumes de Béarn furent rédigées en 1551, et autorisées la même année par les lettres patentes de Henri, roi de Navarre et seigneur de Béarn (2).

C'est en 1555 que se trouve le premier exemple d'une coutume véritablement nouvelle et réformée : toutefois ce fut une circonstance fortuite qui motiva cette réformation, et non le désir d'apporter aucun changement aux dispositions mêmes de la coutume, quoique des changements de cette nature dussent aisément en résulter ensuite. C'est aussi à partir de cette année que l'on voit le président Christophe de Thou, occupé pendant 25 ans, comme principal commissaire, de la rédaction et de la réformation des coutumes.

Les lettres patentes du 17 août 1555 (3) nous apprennent que le procès-verbal des anciennes coutumes de Sens avait été perdu et adiré, de sorte qu'il n'y avait aucun moyen de constater d'une manière authentique les articles de ces coutumes qui avaient été accordés ou discordés par les états lors de leur publication, et de résoudre les autres difficultés que l'interprétation de ces coutumes pouvait faire naître. On avait donc été contraint, comme par le passé, de vérifier les articles de coutumes par turbes de témoins, ce qui avait fait continuer tous les abus et inconvénients auxquels la rédaction des coutumes et leur conversion en lois devaient porter remède. Ces lettres patentes chargeaient en conséquence le président de Thou, le conseiller au parlement Barthélemy Faye et l'avocat du roi Gilles Bourdin, de procéder à une nouvelle rédaction et publication des coutumes de Sens, ce qui eut lieu en effet au mois de novembre de cette même année.

Il fut ordonné aux mêmes commissaires, par lettres du 19 août 1556, de publier les coutumes de Vermandois, de Montfort, Mantes, Meulan et Étampes, qui n'avaient pas été rédigées encore, celles de Poitou et d'Auxerre, déjà rédigées, mais dont les procès-verbaux avaient été perdus, et généralement toutes celles des provinces et siéges ressortissant au parlement de Paris (4). Par autres lettres du 15 septembre de la même année, le conseiller au parlement Jacques Viole fut substitué à Bourdin, retenu à Paris pour les affaires du roi (5). Les commissaires de Thou, Faye et Viole publièrent en 1556 les coutumes d'Étampes, de Montfort, de Mantes et Meulan (6), de Vermandois et de Dourdan, et en 1558, celles du Grand-Perche, en vertu de nouvelles lettres spéciales du 8 août de la même année (7).

Les lettres de Henri II, du 12 février 1558 portent que les coutumes du Maine, d'Anjou et de Touraine, avaient été déjà rédigées précédemment, mais que les procès-verbaux étaient chargés de plusieurs renvois à la cour de parlement (8), et que plusieurs différends étaient nés sur l'interprétation des articles; ce qui obligeait de procéder par turbes; et que dans d'autres provinces, notamment au bailliage de Melun, il s'était trouvé plusieurs coutumes dures, iniques et déraisonnables. En conséquence, les mêmes commissaires devaient se rendre dans les villes de Melun, du Mans, Tours, Angers, Poitiers, La Rochelle, Loudun, Auxerre et autres, pour y rédiger de nouveau les coutumes (9). La mort de Henri II survint avant l'exécution de ses lettres, et malgré leur renouvellement par François II, en date du 24 juillet 1559 (10), les coutumes du Maine, d'Anjou, de La Rochelle et de Loudunois ne furent point réformées depuis leur première rédaction des années 1508, 1514 et 1518. Les nouvelles coutumes de Touraine et de Poitou furent publiées par de Thou, Faye et Viole en 1559, celles de Melun en 1560 et celles d'Auxerre en 1561 (11). Pour les coutumes d'Auxerre, il y avait eu de nouvelles lettres de Charles IX, données le 5 janvier et le 29 mars 1560, avant Pâques; ces dernières renouvelaient aussi les lettres des

(1) Coutum. génér., t. III, p. 692.
(2) *Ib.*, t. IV, p. 1071.
(3) *V.* le procès-verbal des nouvelles coutumes de Sens. (Coutum. génér., t. III, p. 530.)
(4) Coutum. génér., t. II, p. 539.
(5) *Ib.*, t. II, p. 540.
(6) C'est la nouvelle coutume; il y a un Coutumier de Mantes plus ancien, sans date.
(7) Coutum. génér., t. II, p. 539; t. III, p. 106, 132, 154, 196, 661.
(8) A cause des difficultés élevées lors de la rédaction.
(9) *V.* ces lettres. (Coutum. génér., t. III, p. 458.)
(10) Coutum. génér., t. III, p. 459.
(11) *Ib.*, t. III, p. 458 et 610; t. IV, p. 675, 818.

1er juillet et 13 septembre de la même année (1), par lesquelles François II avait ordonné la publication des coutumes de Péronne, Montdidier et Roye, non encore arrêtées (2), et la réformation de celles d'Amiens. Les coutumes de Péronne et celles d'Amiens furent publiées en 1567, par les commissaires de Thou, Faye et Viole (3). C'est encore en 1567, que le bailli souverain d'Ardres, en vertu de la commission du bailli d'Amiens, avait rédigé, dans une assemblée des états et des praticiens, les coutumes du comté de Guines, pour les rapporter ensuite devant les commissaires chargés de décréter les coutumes générales et locales du bailliage d'Amiens. On ne voit pas que ces coutumes de Guines aient jamais été décrétées (4).

C'est enfin sous Charles IX que les coutumes du duché de Bourgogne, rédigées dès 1459 par l'autorité du duc de Bourgogne, furent réformées et interprétées par ordre du roi. Le président au parlement de Dijon, Jean de La Guesle, aidé de quelques conseillers, s'était occupé de cette réformation, en vertu de lettres de 1562 et 1567; mais ayant été appelé à Paris en qualité de procureur général, de nouvelles lettres du 12 avril 1570 chargèrent Fiacre Hugon de La Reynie, président, Jacques de Vintimille et Jean Begat, conseillers au parlement de Dijon, d'achever le travail commencé par lui, et de tenir l'assemblée des états qui eut lieu cette même année pour la réformation de la coutume. L'arrêt d'homologation fut rendu par le parlement de Dijon le 13 décembre 1575 (5).

Charles IX accorda encore des lettres patentes pour la rédaction des coutumes de la ville de Metz et du pays Messin, sur la plainte que lui portèrent, en 1569, les trois états, de ce que, sous prétexte de débrouiller en quelque sorte la confusion que le siége de 1552 avait produite, certaines ordonnances avaient été publiées par le maître échevin, le conseil et les treize; ordonnances dont l'observation anéantissait les anciennes coutumes de la ville et du pays (6). Mais ces lettres ne reçurent alors aucune exécution, non plus que les nouvelles lettres de Henri III, données en 1578.

Le règne de Henri III vit la rédaction ou la réformation de quelques coutumes importantes. Les lettres du 12 mai 1575 ordonnèrent la réformation de la coutume de Bretagne, à cause de l'obscurité de l'ancienne. Plusieurs assemblées préparatoires eurent lieu cette année même; mais les guerres civiles obligèrent de remettre jusqu'en 1580 l'assemblée des états où devait se faire la publication définitive. Elle fut tenue au mois de mai, en vertu de nouvelles lettres du 6 avril, par les commissaires René de Bourgneuf, premier président, Pierre Brullon et Bertrand Glé, conseillers au parlement de Bretagne, Nicolas Alixant, président aux enquêtes dudit parlement, et d'Argentré, sénéchal de Rennes (7).

La coutume de Normandie n'avait jamais été consignée que dans l'ancien grand Coutumier, remontant au treizième siècle, et qui, outre qu'il n'était revêtu d'aucune autorité législative, contenait beaucoup de dispositions tombées en désuétude, et ne donnait aucun éclaircissement sur les usages introduits depuis trois siècles (8). La rédaction officielle des coutumes de cette grande province fut enfin ordonnée par les lettres du 22 mars 1577. Plusieurs assemblées préparatoires eurent lieu, tant à Rouen que dans les diverses localités, avant que la publication pût avoir lieu à Rouen, en 1583. Les commissaires étaient Jacques de Bauquemare, premier président, Hemery Bigot, premier avocat du roi et plus tard président, Robert le Roux et Marian de Martimbos, conseillers au parlement de Normandie, enfin Guillaume Vauquelin, qui remplaça Bigot dans les fonctions de premier avocat du roi. Ces coutumes générales de Normandie furent homologuées par arrêt du conseil du 7 octobre 1585 et par lettres patentes du 14 octobre suivant (9). Les coutumes locales de Normandie furent rédigées en 1586 (10).

Dès avant avait eu lieu la réformation de la coutume de Paris en 1580, par les commissaires de Thou, premier président, Claude Anjorrant, Mathieu Chartier, Jacques Viole et Pierre de Longueil, conseillers au parlement, en vertu de lettres du 15 décembre 1579; et la réformation de la coutume d'Orléans en 1583, par Achille de Harlay, premier président, Jacques Viole et Nicolas Perrot, conseillers au parlement, en vertu de lettres du

(1) *V.* toutes ces lettres. (Coutum. génér., t. I, p. 200; t. II, p. 643; t. III, p. 612.)

(2) L'ancienne coutume de Péronne n'est qu'un projet, et n'avait pas été décrétée. *V.* Dumoulin et Ricard sur la nouvelle. (Coutum. génér., t. II, p. 627.)

(3) Coutum. génér., t. I, p. 200; t. II, p. 642.

(4) *Ib.*, t. I, p. 236.

(5) Coutum. génér., t. II, p. 1182.

(6) *Ib.*, t. II, p. 395.

(7) *Ib.*, t. IV, p. 418.

(8) *Ib.*, t. IV, p. 111.

(9) *Ib.*, t. IV, p. 127.

(10) *Ib.*, p. 129.

15 mars de la même année (1). La rédaction des coutumes du comté d'Eu avait eu lieu aussi en 1580 par le lieutenant particulier de la sénéchaussée de Ponthieu, sous-délégué des commissaires de Thou, Larcher et Vignolles, président et conseillers au parlement, et en vertu des lettres données par Henri III, à la demande du duc de Guise, comte d'Eu (2). Les coutumes de Calais et des Pays reconquis, furent publiées en 1583 par Barnabé Brisson, président au parlement, et Antoine Jacomel, président et juge général de la justice de Calais (3).

Avec le règne de Henri III, s'arrête, ou peu s'en faut, le grand travail de la rédaction officielle des coutumes de France. Sous Henri IV et ses successeurs, il n'arriva plus que rarement qu'une coutume fût rédigée, quoiqu'il s'en fallût de beaucoup qu'elles eussent été rédigées et réformées partout où il en était besoin. En 1600, le titre des exécutions de la coutume de Normandie fut réformé (4). En 1609, les coutumes de Chauny furent rédigées de nouveau et cette fois publiées : des lettres patentes de Louis XIII les confirmèrent en 1611, et elles furent enregistrées au parlement en 1614 (5).

Henri IV avait donné de nouvelles lettres patentes pour la rédaction des coutumes de Metz, sur la demande réitérée par les états dans leur assemblée du 29 novembre 1602. Mais la rédaction ne fut terminée que plus tard, et la convocation des états pour la publication des coutumes eut lieu en 1611, en vertu de lettres de Louis XIII. Les coutumes ainsi rédigées furent imprimées d'autorité publique à Metz, en 1613 (6). Les coutumes locales de Châteaumeillant furent rédigées en 1648 (7). Les coutumes de Thionville en 1661 (8); quelques coutumes du pays de l'Aleue et celles de Richebourcq-Saint-Vaast en 1669; celles de Bapaume et de Richebourcq-l'Advoyé en 1670 (9). Les coutumes de Toul furent confirmées par lettres patentes de 1746. Enfin des coutumes de Barége et de quelques autres vallées et seigneuries dépendant du comté de Bigorre, furent rédigées en 1768 (10).

Il ne nous reste plus à parler que d'un certain nombre de coutumes de France et des Pays-Bas rédigées après le milieu du seizième siècle d'une manière indépendante de l'autorité des rois de France, par les rois d'Espagne et archiducs d'Autriche, par les ducs de Lorraine et de Bar, par les évêques de Metz, de Liége et de Cambrai, par les princes souverains de Bouillon et de Sedan.

Après l'abdication de Charles-Quint, Philippe II, roi d'Espagne, avait continué de faire rédiger et de confirmer les coutumes des pays de Par-Deçà qui ne l'avaient pas été encore : celles de Courtray le furent en 1557, celles de Saulty en 1561, de Gand et de Ninove en 1563, de Namur en 1564, de la Salle de Lille en 1565, de Ham en 1570, du pays de l'Angle en 1586, de Binch en 1589 (11). Les archiducs Albert et Isabelle-Claire-Eugénie, infante d'Espagne, rendirent en 1611 leur édit perpétuel (12), dont l'article premier ordonnait de nouveau que toutes les villes et châtellenies qui, depuis 1540, avaient négligé d'obtenir les decret et homologation de leurs coutumes, les fissent rédiger, afin qu'après avoir été examinées successivement par le conseil de leur province et par le conseil privé des archiducs, elles fussent confirmées par ceux-ci. Dès avant, de nouvelles coutumes du pays de l'Angle et celles de Nyelles-lès-Boulenois, avaient été rédigées en 1601, celles d'Estaires en 1605. Celles du pays de l'Aleue, d'Ostende et de Nivelle, le furent en 1611, celles de la ville de Saint-Omer, d'Escoult de Chimay, de Mazengarbe et de Desseldonk en 1612, celles de Cassel en 1613, de Bourbourg, de Furne et d'Oudenarde en 1615, de Nieuport en 1616, d'Orchies et de Bergues-Saint-Winox en 1617, d'Alost et de Waes en 1618, de la ville de Bruges, du Franc, d'Ecloo, d'Assenède, de la ville d'Ypres, ainsi que les nouvelles coutumes de Hainaut et de Valenciennes, en 1619; enfin celles de Poperingue en 1620. La plupart de ces coutumes furent aussi confirmées par les archiducs. Philippe IV, roi d'Espagne, poursuivit l'exécution de l'édit perpétuel de 1611. Il confirma les coutumes de Lessines en 1622, de Luxembourg en 1623, de Rousselare en 1624, de la Gorgue en 1626, de Hesdin et de Douai en 1627, de Termonde en 1628 et 1629, de Bouchaute en 1630, de Saint-Pol en 1631, de Bailleul en 1632. Enfin les coutumes de la cour féodale de Bruges furent confirmées

(1) Coutum. génér., t. III, p. 56 et 808.
(2) *Ib.*, t. IV, p. 166.
(3) *Ib.*, t. I, p. 18.
(4) *Ib.*, t. IV, p. 143.
(5) *Ib.*, t. II, p. 691 et suiv.
(6) *Ib.*, t. II, p. 395 et 410.
(7) *Ib.*, t. III, p. 995.
(8) Coutum. génér., t. II, p. 355.
(9) *Ib.*, t. I, p. 377, 391, 452.
(10) Bibl. de droit de Camus.
(11) *V.* toutes ces coutumes et les suivantes. (Cout. génér., t. I et II.)
(12) Coutum. génér., t. I, p. 459.

beaucoup plus tard, en 1667, par Charles II, roi d'Espagne.

Dans les Pays-Bas se trouvait comme enclavé le temporel de l'archevêché de Cambrai et de l'évêché de Liége. L'archevêque duc de Cambrai, Louis de Berlaymont, fit rédiger et publier en 1574 les coutumes du Cambrésis. Ernest, évêque de Liége et duc de Bouillon, publia en 1582 des ordonnances et statuts sur le règlement de la justice en son pays de Liége; un de ses successeurs, Ferdinand, fit rédiger en 1628 les coutumes du duché de Bouillon, et en 1642 celles de Liége. C'est en 1568, que les coutumes de la principauté de Sedan furent rédigées par ordre de Henri-Robert de la Marck, duc de Bouillon et seigneur souverain de Sedan. Les coutumes de l'évêché de Metz furent rédigées en 1601.

Le concordat passé en 1571 entre le roi Charles IX et le duc Charles de Lorraine, accordait au duc de Lorraine le pouvoir de faire dans le duché de Bar des ordonnances, coutumes et styles de justice, à la charge de l'appel (1). Cette même année 1571, le duc Charles décerna commission pour convoquer les etats des bailliages de Bar-le-Duc, Saint-Mihiel, Clermont en Argonne et Bassigny (2), afin de procéder à la rédaction des coutumes de ces divers bailliages; celles de Clermont furent rédigées dès cette année-là même; celles de Bar en 1579, celles de Bassigny en 1580, celles de Saint-Mihiel en 1598. Des additions furent faites à cette dernière en 1607, et homologuées par le duc Henri, en 1609 (3). Les coutumes de Lorraine avaient été rédigées en 1594, celles de Gorze et de Marsal le furent en 1624 et 1627 (4).

Au terme de cette longue histoire de la rédaction officielle des coutumes de France, que le désir de nous resserrer dans les limites les plus étroites possibles nous a obligé de laisser dégénérer quelquefois en une assez aride nomenclature, quelques observations générales feront mieux ressortir encore le résultat indiqué en commençant, je veux dire la fixation précise tant des dispositions des diverses coutumes que des limites de leur territoire.

La Thaumassière a observé que toutes les coutumes, dans le Berry, étaient originairement locales: cette remarque, bien comprise, peut s'appliquer avec non moins de vérité à la France entière. Or la coutume a beau, dans son application locale et de chaque jour, offrir une certitude que la législation écrite n'égale pas toujours et surpasse rarement: pour le jurisconsulte postérieur, qui ne vit plus de la vie de l'époque et de la localité, pour l'historien du droit qui ne peut embrasser que les grandes masses, l'insuffisance des monuments et l'autorité toute particulière et locale de ceux qui subsistent, ne permettraient plus de retracer avec une certitude et une précision complètes la vive image des diversités coutumières, si la rédaction officielle n'était venue les fixer.

Dès avant la rédaction officielle des coutumes, leurs dispositions avaient été consignées dans de nombreux et précieux documents. Indépendamment de Pierre de Fontaines, des Établissements, de Beaumanoir et de quelques autres, les procès-verbaux mêmes de la rédaction des coutumes font mention d'anciens livres, papiers et registres coutumiers en Bourgogne, à Chaumont, dans le Bourbonnais, dans l'Auvergne, dans la Saintonge, à Bordeaux, à Senlis, à Clermont (en Beauvaisis), en Normandie et en Bretagne. Les uns étaient des ouvrages, des sortes de traités, où des particuliers s'étaient efforcés d'exposer les règles coutumières dont ils devaient la connaissance à leur expérience pratique; les autres étaient ce que Bouteiller appelle le livre coutumier du greffe (5), c'est-à-dire un recueil des coutumes tenues pour vraies en jugement, et enregistrées par le greffier par forme de mémorial. Ce livre coutumier du greffe n'avait aucune autorité obligatoire ni exclusive, telle que les coutumes rédigées officiellement en ont joui depuis. D'ailleurs c'étaient les coutumes les plus certaines et les plus fréquemment appliquées qui devaient s'y trouver le moins. Quant aux coutumiers rédigés par des particuliers, sous forme plus ou moins scientifique, il n'est que rarement possible de déterminer d'une manière précise dans quels lieux les dispositions qui y sont rapportées étaient ou non en vigueur. Il faut donc conclure de là que, si les coutumiers de l'époque féodale sont la véritable source de l'interprétation des coutumes postérieures et le correctif indispensable à l'application inexacte qu'on pourrait vouloir faire de celles-ci aux temps qui les ont précédées, ces coutumiers à eux seuls seraient tout à fait impuissants à nous donner des institutions

(1) *V.* ce concordat et l'ordonnance du 8 août 1575, pour l'éclaircissement dudit concordat. (Cout. génér., t. II, p. 1040 et 1041.)

(2) Coutum. génér., t. II, p. 869, 1031, 1150, 1058.

(3) Coutum. génér., t. II, p. 1066.

(4) *Ib.*, p. 1073, 1191 et 1183.

(5) Somme rurale, liv. Ier, ch. 2.

coutumières autre chose que leurs principes les plus généraux. Les diversités locales nous échapperaient en grande partie, et là même où il en resterait des traces, il serait impossible d'en assigner exactement le territoire.

Lors de la rédaction officielle des coutumes, au contraire, les états durent faire connaître toutes leurs coutumes tant générales que locales, à peine de déchéance. Les commissaires leur faisaient même prêter « le serment en tel cas requis et accoutumé, à savoir, qu'en leurs loyautés et consciences ils rapporteraient ce qu'ils savaient et avaient vu garder et observer des coutumes, cessant toute affection privée et particulière, et ayant seulement égard à ce qui est bon en commun et en public, pour le regard de ce qui véritablement a été par ci-devant tenu, gardé et observé pour coutume; et de ce qui se trouverait dur, rude, rigoureux, déraisonnable, et, comme tel, sujet à être tempéré, modéré ou du tout corrigé, tollu et abrogé, ils en avertiraient les commissaires, selon leurs consciences (1). » En vertu de ce serment et de l'intérêt que les états avaient à ce que leurs coutumes fussent exactement rédigées, les articles en étaient successivement accordés ou discordés, et, dans ce dernier cas, débattus, puis arrêtés par les commissaires de l'avis de la majorité des états, ou renvoyés à la décision du parlement.

Mais, au préalable, des débats s'établissaient sur les comparutions mêmes. Dans chaque pays, dans chaque bailliage, sénéchaussée ou autre juridiction du royaume, où la coutume devait être rédigée, assignation était donnée à tous les membres des trois états, exempts ou non exempts de la justice ordinaire, non-seulement du ressort actuel et de ses enclaves, mais aussi des anciennes dépendances du ressort, où la coutume pouvait être semblable. Les comparants étaient admis à présenter leurs protestations et oppositions, tant à raison de leurs priviléges d'exemption de la justice, qu'à raison de la coutume, dont ils se déclarassent sujets simplement, ou sujets sauf leurs coutumes locales, ou exempts pour le tout et régis par une coutume différente. Les défaillants étaient réassignés, et contraints, les ecclésiastiques par la prise de leur temporel en la main du roi, les laïques par les voies d'exécution accoutumées; et, s'ils ne comparaissaient point avant le décret des coutumes, ils étaient, pour le profit du défaut, condamnés à être régis par elles. Ainsi, à quelques localités près, dont l'opposition ne fut jamais jugée, malgré le renvoi qui en avait été fait au parlement, le territoire de chaque coutume se trouva exactement délimité; et c'est dans le dépouillement des procès-verbaux de la rédaction officielle des coutumes que nous trouverons des matériaux non entièrement suffisants, mais nombreux et authentiques, pour la géographie de la France coutumière.

§ II. — *Géographie de la France coutumière.*

Les divers pays qui, par leur réunion successive, ont constitué le territoire de la France actuelle, se divisent, sous le rapport du droit qui y régissait les intérêts privés, en quatre régions d'étendue inégale : 1° les pays coutumiers du nord et du milieu de la France; 2° les pays de droit écrit du midi de la France; 3° les Pays-Bas; 4° les terres d'Empire.

Dans cette géographie de la France coutumière, nous nous attacherons à déterminer le territoire des différentes coutumes générales, en ajoutant l'énumération des coutumes locales qui y dérogeaient en quelques points et en modifiaient l'application, soit que ces coutumes aient été rédigées à part, ou seulement mentionnées parmi les articles de la coutume générale. Mais nous avons dû distinguer soigneusement des coutumes locales, quelque ressemblance qu'ils aient souvent avec elles, tous les droits, priviléges et franchises fondés sur titres ou sur possession immémoriale, et qui ont été constamment exclus par les commissaires de la rédaction des coutumes, quoique réservés expressément ou implicitement au profit de ceux qui les prétendaient.

I. *Pays coutumiers de France.*

1° Région du nord-est.

Notre point de départ sera au cœur des pays coutumiers, dans la France proprement dite, dans l'antique capitale du royaume. La coutume générale de la prévôté et vicomté de Paris s'étendait, outre le ressort immédiat du Châtelet, sur la châtellenie de Triel,

(1) Pour faire ce serment, les gens d'Église mettaient la main au pis (*ad pectus*); les gens des deux autres états levaient la main. *V.* les procès-verbaux.

située dans le Vexin français, au nord de la Seine et à l'ouest de l'Oise; et sur les prévôtés, sous-bailliages et châtellenies de Poissy, Saint-Germain-en-Laye, Châteaufort, Montlhéry, La Ferté-Aleps (1), Brie-Comte-Robert, Tournan en Brie, Gournay-sur-Marne et Gonnesse. L'hôtel épiscopal de Meaux, avec la grande place située devant la porte de l'hôtel, vers l'église cathédrale, et quelques fiefs assis à Meaux ou aux environs, étaient aussi régis par la coutume de Paris, et ressortissaient de tout temps devant le prévôt de Paris (2). Les reliefs de certains fiefs se réglaient suivant la coutume locale du Vexin français (3).

Plusieurs châtellenies autrefois dépendantes de la prévôté de Paris, et érigées depuis en bailliages particuliers, avaient leurs coutumes distinctes de celles de Paris. Ce sont d'abord les coutumes des bailliage et prévôté d'Etampes, qui s'étendaient sur un territoire peu étendu au sud de Paris, borné à l'ouest par l'Essonne, et confinant au midi au territoire de la coutume d'Orléans (4). Un plus petit territoire encore, entre les coutumes de Paris, d'Étampes et de Montfort-l'Amaury, était régi par les coutumes du bailliage et châtellenie de Dourdan (5). Les coutumes du comté et bailliages de Montfort-l'Amaury, Gambais, Néauphle-le-Châtel, Saint-Léger en Yveline, étendaient leur empire au sud-ouest de Paris, sur les lieux énumérés dans leur titre, sur Rambouillet, Épernon, Houdan et plusieurs autres. La prétendue coutume de Néauphle-le-Châtel, différente de celle de Montfort aussi bien que de celle de Paris, paraît n'avoir eu aucune réalité (6). Au nord de la coutume de Montfort-l'Amaury, à l'ouest de celle de Paris, s'étend le territoire des coutumes du comté et bailliage de Mante et Meulan, siége particulier du bailliage de Mante (7). La coutume locale du Vexin français pour le relief des fiefs était suivie dans la partie de ce territoire située sur la rive droite de la Seine (8).

Au nord de l'ancien ressort de Paris se trouve l'ancien ressort de Senlis, régi par trois coutumes générales, celles de Senlis, de Clermont en Beauvaisis et de Valois (9).

Le territoire de la coutume du bailliage de Senlis comprend une petite partie de la France proprement dite, la plus grande partie du Vexin français, et une partie considérable du Beauvaisis, les pays de France et de Beauvaisis étant séparés par la rivière d'Oise (10). Ce territoire est divisé en plusieurs châtellenies : savoir, Senlis, Compiègne, Pontoise, Chaumont, Creil et Chambly-le-Haut-Berger (11). De celle de Senlis dépendent le temporel de l'évêché et comté de Beauvais, avec la ville de ce nom, et les baronies et châtellenies de Mello et de Mouchy-le-Châtel (12). A celle de Compiègne ressortissent certaines terres et seigneuries assises au duché de Valois, mais exemptes de la juridiction de ce duché, et formant la prévôté de l'exemption de Pierrefonds (13). La châtellenie de Pontoise comprend celle de l'Ile-Adam (14). Celle de Chaumont, érigée depuis en bailliage séparé, comprend l'*escroissement* de Magny et la seigneurie de la Roche-Guyon (15). Enfin, la coutume du bailliage de Senlis s'étend encore sur le comté et bailliage de Beaumont-sur-Oise. La coutume locale du Vexin français, pour le relief des fiefs, était suivie dans les châtellenies de

(1) Il y a contestation pour la Ferté-Aleps, revendiquée à tort pour la coutume d'Étampes, puisqu'elle ne figure pas parmi les comparutions au procès-verbal de la coutume d'Étampes rédigée postérieurement à cette contestation; on ne voit pas non plus que la Ferté-Aleps ait eu des coutumes particulières. *V.* le Procès-verbal de la nouvelle coutume de Paris. (Cout. génér., t. III, p. 72.)

(2) Cout. génér., t. III, p. 71. — *V.* les lieux pour lesquels il y a contestation entre Paris d'une part et les coutumes de Meaux, Melun, Étampes, Senlis, Montfort, Dourdan, Montargis, Clermont en Beauvaisis, etc., de l'autre. (Cout. génér., t. III, p. 71-74, 113-115, 161-164, 138, 860, 863; t. II, p. 781-782.)

(3) Cout. génér., t. III, p. 19. — Paris, anc. art. 2, nouv. art. 3.

(4) *V.* pour les oppositions formées au profit des coutumes de Paris, Montargis, Dourdan et Orléans, Cout. génér., t. III, p. 72, 112-115, 136, 816.

(5) *V.* les oppositions de Paris, Étampes, Orléans, Montfort. (Cout. génér., t. III, p. 113, 114, 135-138, 163-164.)

(6) Cout. génér., t. III, p. 73. *V.* les oppositions pour Paris, Dourdan, Chartres, Dreux, Orléans, Mante, Montargis. (Cout. génér., t. III, p. 73, 74, 137, 161-164, 200.)

(7) *V.* les oppositions pour Montfort et Senlis. (Cout. génér., t. III, p. 163 et 200.)

(8) *V.* la note de Toussaint Chauvelin sur l'art. 6, tit. 1er de la nouvelle coutume de Mante.

(9) Coutume de Senlis, art. 1 et 3.

(10) *V.* les oppositions pour Paris, Clermont en Beauvaisis. Valois, Mante. (Cout. génér., t. II, p. 781-782, 811-812; t. III, p. 72, 74, 200.)

(11) Coutume de Senlis, art. 5-12.

(12) *Ibid.*, art. 28 et 34.

(13) *Ib.*, art. 2. Une autre partie des exempts de Valois ressortissait directement à Senlis et non à Compiègne.

(14) *Ib.*, art. 73.

(15) *Ib.*, art. 80, 82, et la note sur l'art. 10. *V.* aussi le Procès-verbal, p. 735-736.

Pontoise, de Chaumont, de Mello et de Mouchy-le-Châtel (1). Pour la succession féodale, tout le territoire du bailliage se divisait en trois coutumes locales, celle de la châtellenie de Pontoise, celle de delà l'Oise, et celle de deçà de l'Oise (2). Il y avait encore quelques autres divergences locales moins importantes, et l'on voit par le procès-verbal qu'elles avaient été anciennement plus nombreuses (3). Les coutumes locales prétendues par l'évêque de Beauvais pour son comté de Beauvais, concernaient en partie ses droits seigneuriaux, ou se trouvaient implicitement comprises sous les autres coutumes locales; car elles n'ont pas été rédigées séparément (4).

Si, d'après ce qui précède, une partie du Beauvaisis était soumise à la coutume de Senlis, une autre était réunie à la Normandie, une troisième au bailliage d'Amiens, une quatrième et dernière était régie par les coutumes générales du bailliage et comté de Clermont en Beauvaisis. Le territoire de ce bailliage se composait de deux parties dont l'une était située autour de la ville de Clermont, entre les coutumes de Senlis et de Montdidier, l'autre, formant la prévôté de Milly, était située au nord-ouest de Beauvais, avoisinant la Normandie et cette partie du Beauvaisis qui ressortissait à Amiens (5).

Le Valois était, aussi bien que le comté de Clermont, de l'ancien ressort de Senlis. Les coutumes du bailliage et duché de Valois s'étendaient sur les châtellenies de Crespy, la Ferté-Milon, Pierrefonds, Béthisy, et Verberie; tandis que les châtellenies de Neuilly-Saint-Front et d'Oulchy-le-Châtel, quoique réunies au duché de Valois, se gouvernaient par les coutumes du bailliage de Vitry en Champagne (6).

La France proprement dite avec le Vexin français, le Valois et le Beauvaisis, a au nord la Picardie avec l'Artois; au nord-est le Vermandois, à l'est la Champagne avec la Brie, le Barrois et l'Argonne.

La Picardie est régie par cinq coutumes générales, celles de Péronne, de Ponthieu, d'Amiens, de Boulenois et de Calais (7).

Les coutumes du gouvernement de Péronne, Montdidier et Roye, régissent un territoire situé sur les deux rives de la Somme, entre l'Artois au nord, l'Amiénois à l'ouest, les bailliages de Senlis et de Clermont en Beauvaisis au sud, le Vermandois à l'ouest (8). Chacune des prévôtés de Péronne, de Montdidier et de Roye, dont ce gouvernement se compose, a quelques coutumes particulières et locales (9), ainsi que les villes de Péronne et de Roye (10). La récompense due par l'aîné aux puînés pour retirer de leurs mains le quint des fiefs qui leur est échu, se règle diversement selon que les fiefs sont situés au delà de la Somme, du côté de Vermandois et d'Artois, ou en deçà de la Somme, du côté de France (11).

Le territoire des coutumes générales de la sénéchaussée et comté de Ponthieu s'étend de même des deux côtés de la Somme, mais à l'ouest de l'Amiénois; sur la rive droite, le Ponthieu atteint jusqu'à la mer; sur la rive gauche, il est séparé de la mer par le Vimeu, et, composé de plusieurs bandes étrangement découpées, il confine au sud à la Normandie et au comté d'Eu. Les coutumes locales de la ville et banlieue d'Abbeville, et celles de la ville, pays et banlieue de Marquenterre-sur-la-mer, dérogent à la générale de Ponthieu.

C'est entre la sénéchaussée de Ponthieu et la Normandie d'une part, le gouvernement de Péronne de l'autre, qu'est comprise la partie la plus importante du territoire des coutumes générales du bailliage d'Amiens, savoir : les six prévôtés royales d'Amiens, de Beauquesne, de Doullens, de Saint-Riquier, de Foulloy (comprenant la ville de Corbie) et de Beauvaisis; deux autres prévôtés étaient situées, celle de Vimeu, entre le comté d'Eu, le Ponthieu, la Somme et la mer (12); celle de Montreuil, au nord du Ponthieu, à l'ouest de l'Artois et au sud du Boulenois.

---

(1) Coutume de Senlis, art. 156, 166, Procès-verbal, p. 756.

(2) *Ib.*, art. 136. 137. 139.

(3) *V.* les art. 235, 247, 263, 264 de la coutume et le Procès-verbal sur les articles 104, 139, 144, 146, 151, 161, 176, 179, 210, 226, 248, 255, 268.

(4) *V.* le Procès-verbal, p. 734, 735.

(5) Cela résulte des comparutions. (Cout. génér., t. II, p. 778-781.) *V.* les oppositions pour Senlis, (Amiens, Paris. *Ib.*, p. 743, 781, 782.)

(6) *V.* l'intitulé de la coutume de Valois et le Procès-verbal. (Cout. génér., t. II, p. 814.) Les oppositions pour Senlis et Vermandois. (*Ib.*, p. 552, 743, 811, 812.)

(7) *V.* les cartes de l'Artois et de la partie méridionale de la Picardie, par Delisle, 1711 et 1712.

(8) *V.* l'opposition pour Vermandois. (Cout. gén., t. II, p. 550-551.)

(9) Nouv. coutume de Péronne, art. 87-90, 258, 259, 263.

(10) *Ib.*, art. 86 et 91, pour les coutumes particulières de la ville de Montdidier, *voy.* le Procès-verbal. (Cout. génér., t. II, p. 656-657.)

(11) Nouv. coutume de Péronne, art. 170.

(12) Pour la plus grande partie du moins; car la ville d'Oisemont, qui en dépendait (Coutume loc. de Vimeu, art. 1), est située à l'est du Ponthieu, et contiguë au corps principal du bailliage d'Amiens.

Lors de la première rédaction de la coutume d'Amiens, son territoire avait une bien autre étendue : l'Artois tout entier était divisé entre la prévôté de Montreuil et la prévôté foraine de Beauquesne; et les officiers de ces deux prévôtés élevaient des prétentions jusque sur le Boulenois et sur les châtellenies de Lille, Douay et Orchies. Mais ces prétentions trouvèrent une résistance invincible dans les officiers du Boulenois et des châtellenies alors françaises de Flandre (1); et l'Artois fut démembré du bailliage d'Amiens lorsque le traité de Madrid l'eut soustrait à la souveraineté de la France.

Chacune des prévôtés du bailliage d'Amiens alléguait des coutumes locales dérogeantes aux coutumes générales du bailliage. Les coutumes locales de la ville, loi, mairie, prévôté, échevinage et banlieue d'Amiens, réservées comme coutumes de la ville d'Amiens lors de la première rédaction, ne furent admises à titre de coutumes de prévôté qu'à la seconde (2). Les coutumes locales des prévôtés de Montreuil-sur-la-mer, Saint-Riquier, Doullens et Foulloy sont comprises dans les deux rédactions. Il en est de même de celles de la prévôté foraine de Beauquesne du côté d'Artois et delà la rivière d'Authie, quoiqu'elles eussent perdu, par la distraction de l'Artois, la plus grande et la plus importante partie de leur territoire particulier. Lors de la première rédaction, les coutumes locales de la prévôté de Vimeu avaient été présentées, mais ne purent être publiées, parce que le cahier en avait été mangé par les chiens, ainsi que Dumoulin l'explique dans une note (3), et il en était résulté que les sujets de cette prévôté restèrent soumis à la coutume générale. Cette rigueur fut corrigée lors de la nouvelle rédaction, qui admit ces coutumes locales. Quant à la prévôté de Beauvaisis, qui avait deux siéges, l'un à Amiens même, l'autre à Grandvilliers (4), ses coutumes locales avaient été admises lors de la première rédaction; mais, à la nouvelle, il fut dit, sur la demande expresse des officiers de la prévôté, qu'elle serait dorénavant régie et gouvernée pour le tout par la coutume générale.

Dans la prévôté de Beauvaisis, du bailliage d'Amiens, se trouve compris le territoire considérable du vidamé de Gerberoi, appartenant à l'évêque de Beauvais, qui prétendait, contre les officiers du roi, le tenir en pairie de la même manière que son comté de Beauvais. Les coutumes du vidamé de Gerberoi, rédigées dans le même temps que les coutumes d'Amiens le furent pour la première fois, avaient été réservées par les commissaires avec toutes les coutumes locales des terres et seigneuries comprises sous les huit prévôtés royales du bailliage. La publication, qui devait en être faite postérieurement, n'eut point lieu, et lors de la nouvelle rédaction des coutumes d'Amiens, celles de Gerberoi ne furent point admises. Le vidamé de Gerberoi est donc resté soumis purement et simplement à la coutume générale d'Amiens, et la rédaction de la coutume de Gerberoi n'a plus été considérée que comme un titre particulier et comme une reconnaissance faite par les vassaux et sujets du vidame des droits féodaux et seigneuriaux prétendus par lui (5).

Au nord de la prévôté de Montreuil-sur-la-mer, du bailliage d'Amiens, s'étendait, entre l'Artois et la mer, le territoire des coutumes générales du comté, pays et sénéchaussée de Boulenois. On y suivait, outre les générales, les coutumes locales de la ville, basse ville, bourgage et banlieue de Boulogne-sur-la-mer; celles du lieu et bourgage de Desvrenes, celles de la ville et banlieue d'Étaples-sur-la-mer, celles de la ville de Wissant, celles du village de Herly, celles de la terre et seigneurie de Quesques en Boulenois; enfin, celles du bailliage de Nédonchel, enclavé dans l'Artois (6).

Si les prétentions élevées par les officiers de la prévôté de Montreuil sur le Boulenois restèrent sans succès, à plus forte raison Calais, ancienne dépendance du comté de Boulogne, mais occupé alors par les Anglais, ne pouvait-il dépendre de cette prévôté. Le bailliage souverain d'Ardres et du comté de Guines, au contraire, situé entre le territoire de Calais et la partie de l'Artois qui ressortissait à Montreuil, était compris dans cette même prévôté et régi par les mêmes coutumes, sauf quelques dérogations contenues au cahier des coutumes générales du comté de Guines (7), rédigé en 1567, pour

(1) *V.* le procès-verbal de l'anc. cout. d'Amiens. (Cout. génér., t. I, p. 113-114.)

(2) *V.* Cout. génér., t. I, p. 117, 119, 219, 220.

(3) Cout. génér., t. I, p. 137.

(4) Cout. génér., t. I, p. 134.

(5) *V.* pour tout ce qui concerne le vidamé de Gerberoi, les procès-verbaux des coutumes de Senlis et d'Amiens (Cout. génér., t. I, p. 117, 207; t. II, p. 734), les notes sur l'art. 99 de la coutume de Senlis, et surtout une note de Ricard sur Gerberoi. (Cout. génér., t. I, p. 222 et suiv.)

(6) Nouvelle coutume de Boulenois, art. 13.

(7) *V.* l'intitulé de ces coutumes et leur art. 24 et dernier.

être ensuite présenté aux commissaires chargés de la réformation de la coutume d'Amiens, et confirmé par eux. Cette confirmation ne paraît pas avoir eu lieu. Mais dès avant, Calais avait été repris sur les Anglais en 1558, et la question s'éleva de savoir par quelle coutume devaient être gouvernés les Pays Reconquis. Par ses lettres de 1571 Charles IX octroya aux colons qui y avaient été envoyés, d'user de la coutume de Paris, ce qui vraisemblablement ne fut point à la convenance de tous les habitants. Aussi le parlement ordonna-t-il qu'avant de procéder à la vérification de cette coutume, les gens des trois états s'assembleraient à Calais, pour aviser entre eux si la coutume de Paris, dont il leur serait donné lecture, serait par eux reçue, observée et gardée. Les coutumes de la ville de Calais et Pays Reconquis furent rédigées en conséquence en 1583. Mais il est important de remarquer que les états d'Ardres et de Guines, qui avaient assisté aux deux rédactions des coutumes d'Amiens en 1507 et 1567, furent aussi convoqués en 1583 à la publication des coutumes de Calais, et y assistèrent sans opposition (1). Depuis lors, le bailliage d'Ardres et le comté de Guines se trouvèrent distraits des coutumes de la prévôté de Montreuil et du bailliage d'Amiens. La ville de Calais avait quelques usances particulières dérogeantes à la coutume générale des Pays Reconquis.

L'Artois, avant son démembrement de la France en 1525, dépendait, ainsi qu'il a déjà été dit, de deux prévôtés du bailliage d'Amiens, et était régi par les coutumes générales de ce bailliage, sauf les coutumes locales. Les coutumes du bailliage de Saint Omer, celles de la ville, cité et régale de Thérouanne (2), et celles du comté de Saint-Pol, rédigées en 1507, n'étaient pas seulement locales par rapport à la générale d'Amiens, mais aussi par rapport à la particulière de la prévôté de Montreuil-sur-la-mer, dont le ressort s'étendait sur cette partie de l'Artois, tandis que le reste se gouvernait par la coutume de la prévôté foraine de Beauquesne. Il paraît d'ailleurs que la réserve faite par les commissaires pour la rédaction des coutumes d'Amiens, en faveur des coutumes locales des terres et seigneuries, dérogeantes aux coutumes générales du bailliage et aux coutumes particulières des prévôtés royales, fut surtout nécessitée par le grand nombre des coutumes locales d'Artois, dont plusieurs furent rédigées, mais non publiées à cette époque. Enfin l'Artois avait des coutumes générales, qu'il eût été incommode de fractionner et de ne rédiger que comme coutumes locales suivant les circonscriptions des prévôtés royales, formées par des causes tout à fait indépendantes de la circonscription des coutumes. Dès 1509, le comte d'Artois fit rédiger les coutumes générales de son comté, ce qu'il put faire plus librement encore, après que la France eut renoncé à sa souveraineté sur ce pays.

Il était indispensable d'indiquer ici l'ancienne géographie coutumière de l'Artois : il ne l'est pas moins de connaître celle qui a définitivement prévalu.

L'Artois comprenait d'abord la gouvernance d'Arras avec les villes d'Arras, Aubigny-la-Marche, Bucquoy, Beaumetz, Houdain, Vitry, etc. A la gouvernance d'Arras ressortissaient, en outre, l'advouerie de Béthune, le comté de Saint-Pol (y compris Pas et Frévent), et la gouvernance d'Oisy. Les bailliages de Saint-Omer (avec Fauquemberg), d'Aire, de Lens (avec la principauté d'Espinoy), de Bapaume, de Hesdin, de Lilliers, d'Avesnes-le-Comte et d'Aubigny-le-Comte, ressortissaient, au contraire, au conseil provincial d'Artois. Il en était de même de la régale de Thérouanne, des villages de la juridiction de Saint-Vaast d'Arras, et des autres lieux de fondation ou amortissement royal, à cause des abbayes et chapitres dont ils étaient tenus en tout ou en partie. Enfin quelques villages ressortissaient aussi directement au conseil d'Artois pour avoir ressorti autrefois en première instance au parlement de Paris (3).

Les coutumes générales du pays et comté d'Artois étaient modifiées dans leur application par un nombre presque infini de coutumes locales des bailliages, châtellenies, terres et seigneuries, expressément réservées dans les diverses confirmations des coutumes générales. Voici l'énumération de celles qui ont été successivement rédigées.

Dans le ressort de la gouvernance d'Arras :

Les coutumes de la ville, loi, banlieue et échevinage d'Arras, chef et capitale du pays et comté d'Artois;

Les coutumes locales et prérogatives du fief et seigneurie de Baudimont, étant au

(1) Cout. génér., t. I, p. 21, 115, 204, 206.

(2) Cette ville a été rasée par Charles-Quint en 1553.

(3) V. la table dans le Cout. génér., t. I, p. 472 et suiv.

faubourg de la cité d'Arras, hors la porte nommée de Baudimont;

La coutume de la terre et seigneurie de Wancourt et Guemappes;

Les coutumes locales de la terre et seigneurie de Ham;

Les coutumes de la ville, gouvernance et advouerie de Béthune;

Les coutumes du lieu et seigneurie de Richebourg-l'Advoyé;

Les coutumes générales du comté de Saint-Pol (locales d'Artois),

Et les coutumes de la ville, loi et échevinage de Saint-Pol;

Les coutumes de la châtellenie de Pernes en Ternois,

Et les coutumes locales de la ville et échevinage de Pernes;

Les coutumes des villages de Baralles et Buissy, et celles du Mont-Saint-Eloy, dans la gouvernance d'Oisy.

Dans le ressort du conseil d'Artois :

Les coutumes du bailliage de Saint-Omer,

Et les coutumes de la ville, échevinage, changle et banliene de Saint-Omer;

Les coutumes de la seigneurie, mairie, échevinage et vicomté de Nielles-lès-Boulenois;

Les coutumes de la châtellenie et bailliage d'Aire,

Et les coutumes de la ville et banlieue d'Aire;

Les coutumes du bailliage de Lens,

Et les coutumes de la ville et échevinage de Lens;

Les coutumes de la ville et seigneurie de Lieven;

Les coutumes de la ville, terre et seigneurie de Haines, appartenant aux religieux, abbé et couvent de Marchiennes;

Les coutumes de la ville, terre, seigneurie et échevinage de Mazengarbe, appartenant aux mêmes religieux;

Les coutumes du bailliage de Bapaume et de l'échevinage de la ville de Bapaume;

Les coutumes de la châtellenie et du bailliage de Hesdin,

Les coutumes particulières de la ville de Hesdin,

Et les coutumes particulières et locales de plusieurs bourgs et villages, tenus de Hesdin, dérogeantes à la coutume générale du bailliage, savoir : de la terre et seigneurie de Labroie, du lieu de Wail, de Boubers sur Canche, de Fillieures, du Biez, des lieux de Haravesne et Waux;

Les coutumes locales de la terre et seigneurie de Bouin;

Les coutumes du bailliage de Lilliers;

Les coutumes locales et particulières de la terre et seigneurie de Saulty, et de Gombremez, paroisse de Saulty, dans le bailliage d'Avesnes-le-Comte;

Les coutumes locales de la terre et seigneurie de Villiers-Châtel, dans le bailliage d'Aubigny-le-Comte;

Les coutumes du pays de l'Angle, démembré de la châtellenie de Bourbourg en Flandre, et réuni au bailliage de Saint-Omer. Il comprend quatre paroisses, savoir : Saint-Nicolas, Sainte-Marie-Kerke, Saint-Omer-Capelle (ou Saint-Omaers-Kerke) et Saint-Folquiin;

Les coutumes de la ville et châtellenie de Tournehem, ville d'Audruick et pays de Bredevarde, jadis distraits du comte de Guines. Cette coutume se supplée par la coutume de Guines, et ce n'est qu'en second lieu qu'on recourt aux coutumes générales d'Artois.

Pour compléter cette énumération des coutumes particulières de l'Artois, il ne reste plus qu'à ajouter celles des lieux de fondation ou amortissement royal. Ce sont, d'abord, les coutumes locales de la terre et seigneurie d'Escoult-Saint-Quentin et Sandemont, appartenant aux prévôt, doyen et chanoines de l'église collégiale de Saint-Amé de Douai; puis les diverses coutumes des lieux appartenant en tout ou en partie aux religieux, abbé et couvent de l'église et abbaye de Saint-Vaast d'Arras.

Les coutumes générales de Saint-Vaast ont été rédigées (en 1507) comme locales de celles de la prévôté foraine de Beauquesne, du bailliage d'Amiens. Outre ces coutumes générales, il y en a bon nombre de locales, particulières aux diverses terres et seigneuries de cette église, qui sont pour la plupart éparses dans la gouvernance d'Arras. Plusieurs de ces coutumes locales, rédigées de même en 1507, savoir : celles du pouvoir et échevinage de Hées, des ville et échevinage de Frene et Montauban, de la ville et échevinage de Ficheux, de la ville et échevinage de Roclencourt, de l'échevinage, terre et seigneurie de Dainville, de la ville et échevinage de Neuville-Saint-Vaast, du pouvoir et échevinage de Demencourt, de la ville de Biache-Saint-Vaast, renvoient à la fois aux générales de l'église de Saint-Vaast et à celles de la prévôté de Beauquesne. Les coutumes locales du pouvoir et échevinage de la Vigne-lès-Arras, rédigées en 1507; celles de la ville, terres, seigneuries et échevinage de Feuchy, et celles du village de Moyenville, rédigées en 1535, renvoient simplement aux générales de Saint-Vaast; celles de la ville, prévôté et échevinage de Gorre (1507), renvoient simplement aux générales du comté d'Artois et de la prévôté de Beauquesne;

celles de la ville, terre, seigneurie et échevinage de Bihencourt (1535) renvoient aux générales du bailliage de Bapaume. Les coutumes de la ville de Hamblain et échevinage de Berneville, du pouvoir de Hervain, de la ville et échevinage de Peule, de la ville et échevinage d'Athies, de la ville et échevinage des grand et petit Servin, de la ville et échevinage de Vis en Artois, de la ville et échevinage de Bailleul-Sire-Bertoul; de la ville, terre, seigneurie et échevinage de Billy en Berclau; de la ville, terre et seigneurie de Gaverelles; de l'échevinage de Telluch, de la ville et échevinage de Mons en Peule, de la ville et échevinage d'Isez-les-Esquerchins; de la ville, loi et échevinage d'Enneulin en Carembaut; de la ville et échevinage de Meurchin, de la ville et échevinage de Bauvain; du pouvoir des Maulx, sis au quartier de Baudimont, en la cité d'Arras, toutes rédigées en 1507; celles de la prévôté et échevinage de Saint-Michel-lès-Arras (consistant en Blangy et en Fossé), et celles du village et terroir de Boilleux-au-Mont et Saint-Marcq, rédigées en 1535, ne renvoient à aucune autre. Enfin, les coutumes de la terre et seigneurie de Richebourcq-Saint-Vaast, rédigées en 1669, se référèrent aux générales d'Artois, et à la disposition du droit écrit, ce qui ne veut pas dire que cette partie de l'Artois fût pays de droit écrit, mais exprime simplement cette opinion théorique assez bizarre, mais générale alors, suivant laquelle on devait interpréter les coutumes à l'aide du corps de droit et dans l'esprit des lois romaines.

L'église de Saint-Vaast tenait en amortissement royal le pays de l'Aleue, comprenant les trois paroisses de Sentié, Fleubaix et Sailly, et partie d'une quatrième, savoir, la Gorgue, contiguë à la rivière de Lys, qui faisait la séparation du comté de Flandre d'avec le pays de l'Aleue, entourée des autres côtés par le comté d'Artois et la châtellenie de Lille, sans néanmoins être mouvant et en rien sujet d'aucun de ces trois pays. Les coutumes du pays de l'Aleue ont été rédigées sous deux formes, comme discordantes des coutumes générales du comté d'Artois, et comme locales de celles de l'église de Saint-Vaast.

Nous quittons l'Artois, et la Picardie, dont il dépendit autrefois. Entre la gouvernance de Péronne et le bailliage de Vermandois, se trouvait enclavé le petit territoire des coutumes du bailliage et prévôté de Chauny, réputé de l'Ile de France (1). Le Vermandois, auquel nous passons maintenant, est remarquable en ce qu'il contenait à lui seul quatre des six pairies ecclésiastiques, l'archevêché-duché de Reims, l'évêché-duché de Laon, et les évêchés-comtés de Châlons et de Noyon. Les coutumes du bailliage de Vermandois, en la cité, ville, banlieue et prévôté foraine de Laon, étendaient leur autorité sur toute cette partie du Vermandois, qui a été comprise depuis, soit dans l'Ile de France, soit dans la Picardie (2). On y trouvait quatre coutumes locales : celles du bailliage de Vermandois en la cité, ville et prévôté royale de Noyon; celles des ville, prévôté et ressort de Saint-Quentin; celles de la prévôté de Ribemont, siége particulier du bailliage de Vermandois, comprenant Guise et Aubenton; celles du bailliage et gouvernement de Couci, en ce qui est de l'ancien ressort du bailliage de Vermandois et prévôté foraine de Laon. Les coutumes particulières de Soissons, Vervins, Vailly, etc., ont été abrogées (3).

Le reste du Vermandois, qui a fait depuis partie de la Champagne, était régi par deux coutumes générales : les coutumes de Châlons et ressort, en ce qui est du bailliage de Vermandois, et les coutumes de la cité et ville de Reims, villes et villages régis selon icelles. Les premières étaient enclavées dans la Champagne propre; elles comprenaient plusieurs lieux situés aux environs de Châlons, et quelques autres épars dans le territoire de la coutume de Vitry, et jusque dans le Barrois. Les coutumes de Reims s'étendaient sur une partie considérable du Rémois et du Rethelois, depuis le territoire de la coutume de Laon jusqu'à la Meuse, et même au delà (4). Les lieux régis par elle étaient entremêlés aux lieux dépendants de la coutume de Vitry (5).

Ici nous entrons en Champagne, dont tout le nord, en ce qui n'était pas du Vermandois, était soumis aux coutumes du bailliage de Vitry en Perthois, dit le Français. L'ancien

---

(1) *V.* les oppositions pour Noyon. (Cout. génér., t. II, p. 695.)

(2) *V.* les opposit. pour Péronne, Valois, Chauny, et celles entre Coucy et Laon. (Cout. génér., t. II, p. 550-552, 695.)

(3) *V.* le Procès-verbal. (Cout. génér., t. II, p. 555 et suiv.)

(4) Attigny, le Chêne-le-Populeux, Tourteron, Launoy, Flize, le faubourg Saint-Julien de Mézières, ainsi que quelques enclaves du côté de l'Argonne, Montfaucon, Brieule-sur-Meuse, etc.

(5) *V.* les oppositions pour Vitry, Sens, Beaumont en Argonne, et entre Reims et Châlons. (Cout. gén., t. II, p. 550-552.)

ressort de ce bailliage comprenait les dix prévôtés de Vitry, Château-Thierry, Sainte-Menehould, Châtillon-sur-Marne, Fismes, Épernay, Rouvray, Passavant en Argonne, Vertus et Larzicourt (1). De Château-Thierry, érigé en présidial, avaient dépendu les châtellenies de Neuilly-Saint-Front et d'Oulchy-le-Châtel, qui se gouvernaient selon les coutumes de Vitry, quoique faisant partie du duché de Valois (2). A Sainte-Menehould, érigé en bailliage particulier, ressortissaient les trois prévôtés royales de Sainte-Menehould, Rocroy et Villefranche-sur-Meuse, le duché de Réthelois, les baronnies de Rumigny, du Thour et de Montcornet en Ardennes, et la principauté de Porcien (3). Ces diverses parties du bailliage de Sainte-Menehould étaient toutes régies par la coutume de Vitry, excepté les lieux du Réthelois (4), qui se gouvernaient par la coutume de Reims. Une partie des lieux du Rémois, compris dans l'ancien bailliage de Vitry, et régis par sa coutume, furent donnés au présidial de Reims. Enfin Châtillon-sur-Marne fut érigé en bailliage, tout en restant sous la coutume de Vitry. Après ces démembrements, Vitry conserva Passavant, Vertus, Rouvray et Larzicourt, à quoi il faut joindre la ville de Saint-Dizier, située vers le Bassigny, ainsi que la ville de Commercy et son territoire, soumis à la coutume de Vitry, quoique enclavés entre les bailliages de Bar-le-Duc et de Saint-Mihiel.

Le Bassigny se divisait en deux parties inégales : quelques lieux étaient de l'ancien ressort du bailliage de Sens; mais la plus grande partie était régie par les coutumes du bailliage de Chaumont en Bassigny (5). Le territoire de cette coutume comprenait Chaumont, Bar-sur-Aube, Vassy, Joinville, Vaucouleurs, Montigny-le-Roi, Nogent-le-Roi, Vignory, Château-Vilain, Essoyes, Brienne-le-Château, Piney, Ramrupt, etc. Il confinait au nord à la coutume de Vitry, à l'ouest à celle de Troyes.

Les coutumes générales du bailliage de Troyes régissent un territoire assez étendu, que celui de la coutume de Sens coupe en deux parties principales. La ville de Troyes est entourée de plusieurs mairies royales, qui s'étendent au nord jusqu'à l'Aube, et dans l'une desquelles la ville d'Arcis-sur-Aube se trouve comprise. Au bailliage de Troyes ressortissent en outre les siéges royaux de Méry-sur-Seine, Virey-sous-Bar, Romilly-les-Vauldes, Nogent-sur-Seine, Pont-sur-Seine, etc., et les châtellenies de Chaource, Vandœuvre, Ervy, Saint-Florentin, Trainel, etc. Le comté de Joigny, qui ressortit pareillement au bailliage de Troyes, forme une enclave considérable entre les territoires des coutumes de Sens, d'Auxerre et de Montargis. Une autre enclave, mais beaucoup moins considérable, et située en Bourgogne, est la châtellenie de l'Ile-sous-Montréal, appelée aussi l'Ile-sur-Serain (6). Les limites entre la coutume de Troyes et celle de Sens sont très-compliquées et contestées en partie (7).

Le territoire des coutumes générales du bailliage de Sens s'étend à l'ouest et au sud des bailliages de Troyes et de Chaumont, et se trouve resserré entre ces bailliages, ceux de Montargis et d'Auxerre, et les deux Bourgogne (8), de manière à former une ceinture assez étroite, où sont compris Sens avec Villeneuve-l'Archevêque, Marcilly-le-Hayer, Brienon-l'Archevêque, Mussy-l'Évêque (ou Mussy-sur-Seine), etc.; Villeneuve-le-Roi, avec Seignelay et Chablis; Tonnerre avec Ancy-le-Franc, Ligny-le-Châtel, etc.; Langres avec Montsaujon, Montigny-sur-Aube, Prauthoy, Neuilly-l'Évêque, etc. (9). Outre les coutumes générales de ce bailliage, les coutumes locales de la ville de Sens, et les coutumes locales et particulières de Langres et comté de Montsaujon, pays et quartier de Langres, sont les seules qui aient été admises; les prétendues coutumes locales de Tonnerre ayant été rejetées (10).

De l'ancien ressort du bailliage de Sens étaient aussi, en remontant vers le nord-est, quelques parties du Bassigny et le Barrois. Aussi le duc de Lorraine et de Bar fut-il assigné, en 1555, à la rédaction des coutumes de Sens pour ses duché et bailliage de Bar, pays d'Argonne, terres et seigneuries de la Marche, Châtillon-sur-Saône, la Motte, Conflans et dépendances; et, malgré son opposition, il fut dit qu'il serait, lui et ses sujets, soumis par provision au bailliage de Sens et

(1) *V.* la table dans la Coutum. génér., t. III, p. 339.
(2) *V.* plus haut, p. 14.
(3) Coutum. génér., t. III, p. 346.
(4) Rethel, Mézières et Vouziers étaient de la coutume de Vitry.
(5) *V.* la carte qu'a donné de cette coutume Thiériot, Esprit de la coutume de Chaumont, 1766.

(6) *V.* l'état sommaire inséré au Coutum. génér., t. II, p. 296.)
(7) *V.* les oppositions pour Sens et Auxerre. (Cout. génér., t. III, p. 543, 544, 591, 620.
(8) *V.* les oppositions pour Melun, Montargis, Troyes, Meaux, Auxerre. (Coutum. génér., t. III, p. 477, 541-544, 619, 620.)
(9) *V.* l'état inséré au Cout. génér., t. III, p. 564.
(10) Coutum. génér., t. III, p. 561.

régi par ses coutumes, sauf les coutumes locales qu'il pourrait proposer et faire vérifier par les commissaires (1). Mais le procureur du duc se retira et se laissa condamner par défaut, sans produire aucunes coutumes locales, quoique le cahier en eût été dressé dès 1506. Le Barrois resta soumis pour le tout aux coutumes générales de Sens; et, ce n'est qu'en vertu du concordat conclu en 1571, entre le roi de France et le duc de Lorraine et de Bar, que le Barrois et la partie du Bassigny qui appartenaient au duc, furent distraits du bailliage de Sens, sans cesser pour cela de ressortir au parlement de Paris. Alors aussi furent rédigées des coutumes particulières pour le Bassigny, le Barrois et le Clermontais.

Le territoire des coutumes du bailliage et comté de Clermont en Argonne, comprenait les prévôtés de Clermont, de Varennes, des Montignons, et la baronnie de Vienne-le-Château. Les coutumes du bailliage de Bar s'étendaient sur les villes de Bar-le-Duc, Ligny, Pierrefitte, et sur tout le pays Barrois mouvant de la France. Quant aux coutumes générales du bailliage de Bassigny, leur territoire se composait de la prévôté de Gondrecourt, ancien ressort de Chaumont; des prévôtés de la Marche, Châtillon-sur-Saône et Conflans en Bassigny, ancien ressort de Sens; enfin des sénéchaussées de la Motte et Bourmont, qui ressortissaient à Nancy, à l'exception du siége de Saint-Thiébaud, qui était du ressort du parlement de Paris, comme les prévôtés de Gondrecourt, la Marche, Châtillon et Conflans (2).

Le Barrois, situé sur les confins de la Lorraine, se rattache à la Champagne, à l'est, par Sens, comme l'Artois se lie à la Picardie, au nord, par Amiens. A l'ouest de la Champagne, vers la France proprement dite, est la Brie, dont une petite partie est soumise à la coutume de Paris; le reste se partage entre les coutumes générales du bailliage de Meaux, et celles du bailliage de Melun. Du premier dépendent Meaux, Lagny, Crécy, Faremoutier, Coulommiers, la Ferté-au-Col, la Ferté-Gaucher, Sézanne, Fère-Champenoise, Anglure, Provins, Bray, Montereau (3); le second s'étend sur Melun, Rosoy, Nangis, Donnemarie, et sur une partie du Gâtinais, entre la Seine et l'Essonne, notamment sur Fontainebleau, Moret, la Chapelle-la-Reine et Milly (4). Les coutumes locales alléguées pour plusieurs châtellenies et seigneuries du bailliage de Meaux n'ont point été publiées, parce qu'il sembla que c'étaient plus droits seigneuriaux que coutumes (5).

2° Région du milieu.

Au sud de la France propre et de la Brie, se trouve l'Orléanais, avec les pays qui s'y rattachent et les diverses coutumes qui les régissent.

La plus grande partie du Gâtinais, tant orléanais que français, à l'exception des lieux compris sous la coutume de Melun, était régie par les coutumes de Montargis, qu'on appelait aussi coutumes de Gâtinais ou de Lorris. Les coutumes de Lorris étaient célèbres au moyen âge; on entendait d'abord par là les franchises et priviléges de cette petite ville, plutôt que des coutumes dans la signification précise que ce mot reçut plus tard. Ce nom de coutumes de Lorris s'étendit de proche en proche aux coutumes non-seulement du Gâtinais, mais encore de la Beauce et de la Sologne, qui étaient les mêmes, à de légères différences près. Lorsqu'il s'agit de rédiger officiellement ces coutumes, chacun des deux bailliages d'Orléans et de Montargis prétendit embrasser, au moins pour le fait des coutumes et comme étant de son ancien ressort, le territoire tout entier des coutumes de Lorris, qui avait été partagé entre eux. Ainsi les états du bailliage de Montargis furent assignés à Orléans; ceux du bailliage d'Orléans, à Montargis. Malgré ces oppositions réciproques (6), deux coutumes furent rédigées. Ce sont, d'abord, les coutumes de Lorris, des bailliage et prévôté de Montargis, Saint-Fargeau, pays de Puisaye, Châtillon-sur-Loing, comtés de Gien, de Sancerre, duché de Nemours, en ce qui est au pays de Gâtinais, châtellenie de Château-Landon et autres lieux régis et gouvernés par ces coutumes (7). En effet, les coutumes de Montargis ne s'éten-

(1) Coutum. génér., t. III, p. 534, 545.

(2) *V.* la carte de Lorraine en six feuilles, par Jaillot.

(3) *V.* les oppositions pour Paris, Sens, Melun. (Coutum. génér., t. III, p. 71, 74, 465, 544.)

(4) *V.* les oppositions pour Paris, Montargis, Meaux, Sens. (Coutum. génér., t. III, p. 72, 74, 430, 464, 465, 477.)

(5) Coutum. génér., t. III, p. 399-405.

(6) Coutum. génér., t. III, p. 764-765, 767, 816, 859, 864-867. La coutume de Montargis contient des dispositions particulières pour Orléans, Meung, Jargeau, Sully, Saint-Benoît, Janville, chap. 1er, art. 40 et 64; l'ancienne coutume d'Orléans, au contraire, des dispositions pour Gien et Châtillon-sur-Loire, art. 144.

(7) *V.* l'intitulé de la coutume de Montargis. Les oppositions pour Chartres, Paris, Étampes,

daient pas seulement sur le Gâtinais, mais encore sur une partie du pays de Puisaye, où il y avait les coutumes locales de Blenau et de Toucy (1), et au sud de la Loire, sur une partie assez considérable du Berry, savoir : les comtés et pays de Sancerre, châtellenies d'Aubigny-sur-Nerre, la Chapelle d'Angillon, Concressault (2), Saint-Brisson, Cernoy; les terres et justice d'Autry-la-Ville, Autry-le-Châtel, Pierrefitte-ès-Bois, Blancafort; les châtellenies et justices de Vailly, Barlieu, Champignon, Maison-Tout et Sanlogne; Sancergues, etc., où il y avait aussi quelques coutumes locales (3). Les coutumes locales des terres, justices et seigneuries de la Tour-de-Vefvre et Neuvy-à-deux-Clochers, et celles de la châtellenie de Beaujeu, terres, justices et seigneuries des Quartiers Rogiers, ont été rédigées comme locales de Berry. Enfin il y avait des coutumes locales à Gien et à Châtillon-sur-Loire (4).

Une petite partie du Gâtinais, la Beauce et la Sologne, formaient le territoire des coutumes du duché, bailliage et prévôté d'Orléans, « lesquelles d'ancienneté ont été vulgairement appelées les coutumes de Lorry, pour ce que Lorry est une des châtellenies dudit bailliage, où elles furent lors rédigées par écrit (5). » Ce territoire comprend, outre le ressort du châtelet d'Orléans, les châtellenies de Lorris, Janville, Beaugency, Bois-Commun, Yèvre-le-Châtel, Châteauneuf-sur-Loire, Vitry-aux-Loges et Pithiviers. Il paraît même s'être étendu dans le Blaisois, puisque les états de Suèvres furent assignés et comparurent en partie aux deux rédactions des coutumes d'Orléans (6). La ville d'Orléans a quelques coutumes particulières (7), ainsi que la châtellenie de Janville (8). Les droits de pâturage se règlent diversement selon qu'il s'agit des lieux situés au pays de Beauce, hors la forêt d'Orléans, ou de ceux qui sont situés au pays de Sologne, Val-de-Loire, Gâtinais et forêt d'Orléans (9).

Au nord-ouest du bailliage d'Orléans, est le territoire des coutumes de Chartres, pays chartrain, baronnies et châtellenies d'Alluye, Brou, Auton, Montmirail et la Bazoche-Gouet, étant au Perche-Gouet, et autres châtellenies étant au bailliage de Chartres (10). Dans le prolongement occidental de ce territoire, on observait la coutume locale des cinq Baronnies et Perche-Gouet, qui dérogeait en plusieurs points à la générale. Au nord, entre le bailliage de Montfort à l'est, et la Normandie au nord-ouest, se trouve le Drouis, petit pays régi par les coutumes de l'auditoire et bailliage du comté de Dreux (11). De là, en remontant au sud-ouest, on rencontre successivement le territoire des coutumes générales de la baronnie, châtellenie, terres et seigneuries de Châteauneuf en Thimerais, ressort français (12), qui comprend Châteauneuf, Senonches, la Ferté-le-Vidame, Thimer, et quelques lieux du Chartrain et du Drouis (13); et puis ensuite le territoire des coutumes du pays, comté et bailliage du Grand-Perche, comprenant les siéges de Mortagne, Bellême et Nogent-le-Rotrou (14). Ces coutumes sont générales par tout le Grand-Perche, sauf quelques légères différences pour les lods et ventes dans la châtellenie de Mortagne, à l'exception de Regmallard, et dans la baronnie de Longny (15). Les autres coutumes locales alléguées par le baron et châtelain de Longny, et les prétendues coutumes locales de la châtellenie de la Mothe-Diversay n'ont point été admises (16).

Montfort, Sens, Melun, Auxerre. (Coutum. génér., t. III, p. 113, 115, 164, 429, 464, 465, 477, 541-544, 590, 620, 621, 859-863, 975, 978, 980, 990, 991.)

(1) Coutume de Montargis, ch. 2, art. 49; ch. 4, art. 21; ch. 19, art. 10.

(2) Quelques points des coutumes de Concressault sont mentionnés dans les nouvelles coutumes de Berry, tit. 1er, art. 2, tit. II, art. 16, 24.

(3) Coutume de Montargis, chap. 1er, art. 91 et suiv.; chap. 2, art. 44; chap. 3, art. 9; chap. 4, art. 20; chap. 11, art. 9; chap. 13, art. 11; ch. 17, art. 4.

(4) Coutume de Montargis, chap. 1er, art. 40; chap. 2, art. 1.

(5) *V.* l'intitulé de l'anc. coutume d'Orléans. Cette hypothèse d'une ancienne rédaction des coutumes d'Orléans à Lorris n'a aucun fondement historique, et repose sur la confusion entre les priviléges de Lorris et les coutumes de ce nom.

(6) Ancienne coutume d'Orléans, art. 144, et Coutum. génér., t. III, p. 765, 815, 816. *V.* d'ailleurs les oppositions pour Etampes, Dourdan, Montfort, Chartres, Blois. (*Ib.*, p. 112, 114, 135, 136, 161, 162, 164, 762-766, 815, 816.)

(7) Ancienne coutume, art. 115, 123, 124, 307, 323; nouvelle, art. 124, 135, 136, 270, 271, 442.

(8) Ancienne coutume, art. 65. Coutume de Montargis, art. 64.

(9) Ancienne coutume, art. 144. Nouvelle, art. 148.

(10) *V.* les oppositions pour Montfort, Perche, Châteauneuf en Thimerais, Orléans, Montargis, Blois. (Cout. génér., t. III, p. 161-164, 668-670, 695, 762-767, 815, 859.)

(11) *V.* les oppositions pour Montfort et Châteauneuf en Thimerais. (Coutum. génér., t. III, p. 163, 695.)

(12) *V.* plus bas pour le ressort Normand.

(13) *V.* les oppositions pour Chartres et Dreux. (Coutum. génér., t. III, p. 695.)

(14) *V.* les oppositions pour Chartres. (Coutum. génér., t. III, p. 668, 669.)

(15) Nouvelle coutume du Perche, art. 86, 87.

(16) Coutum. génér., t. III, p. 668-669, 676-679.

Au sud du Perche et du Chartrain, le Dunois, le Vendômois et le Blaisois forment le territoire des coutumes générales du pays, comté et bailliage de Blois, qui s'étend en outre dans la Sologne, et, vers le sud, jusque fort avant dans le Berry (1). Ces coutumes générales sont modifiées dans plusieurs parties de leur territoire par un nombre assez considérable de coutumes locales, surtout dans le Dunois, la Sologne et le Berry, tandis que le Blaisois proprement dit et le Vendômois sont régis pour le tout par la coutume générale. Sous les coutumes locales du comté et bailliage de Dunois, sont aussi comprises les seigneuries de Marchenoir et Fréteval, membres dépendants de ce côté. Dans la Sologne, il y a les coutumes locales de la châtellenie de Romorantin, Millançay, Villebrosse et Billy; celles de la baronnie de la Ferté-Ymbaut, sous laquelle est le bailliage de Salbris (2); celles de la terre et seigneurie de Souesmes; celles de la châtellenie de la Ferté-Aurain, celles de Tremblevif et Villebrosse; celles de la châtellenie de Villefranche-sur-Cher; celles de la seigneurie et bailliage d'Autroche. Dans les parties du Berry incorporées au comté de Blois (3) ou seulement soumises à sa coutume, se trouvent les coutumes locales de la baronnie et seigneurie de Saint-Aignan; celles de la châtellenie de Menetou-sur-Cher; de de la châtellenie de Selles-sur-Cher; de la châtellenie, terre, justice et seigneurie de Chabris; de la châtellenie de Valançay; des terres et châtellenies de Vatan, Buxeuil, Villeneuve-sous-Barillon et Puy-Saint-Laurian; de la châtellenie de Moulins en Berry, tenue de la châtellenie de Saint-Aignan; des terres et châtellenies de Levroux et Bouges; enfin de la baronnie de la Rue-d'Indre, située dans les faubourgs de Châteauroux, dont on y suit les coutumes, ainsi qu'à Chezelles et dans les autres châtellenies et justices qui en dépendent (4).

Par le territoire des coutumes de Blois, l'Orléanais confine au sud-ouest à celui des coutumes générales du duché et bailliage de Touraine, qui comprend les siéges royaux de Tours, Amboise, Chinon, Loches, Châtillon-sur-Indre, Langeais, et la châtellenie de Montrichard (5), et s'étend au sud-est sur une partie du Berry, le long de l'Indre. Les prétendues coutumes locales (6) du siége de Châtillon-sur-Indre, de la seigneurie de Fromenteau (appartenant à l'église de Loches), de la baronnie d'Amboise, de Montrichard, de Mairemoutier-lès-Tours, de la baronnie de Preuilly, de la châtellenie de la Roche-de-Pouzay, de la vicomté de la Guerche, de la baronnie de Ligueil, de la châtellenie des Écluses; celles des lieux situés en la temporalité de Touraine et en la spiritualité de Berry, savoir : de la Motte-sur-Indre, de la baronnie et comté de Buzançais, seigneuries d'Estuille, Heugnes, les quatre paroisses de Lamp, membres dépendants et annexés à ce comté (7); de la châtellenie de Banche, de la baronnie de Saint-Genou-sur-Indre, de la seigneurie de Coudray, de la baronnie de Mézières, d'Azay-le-Ferron, de la châtellenie de Saint-Cyran en Brenne, de la châtellenie de l'Ile Savary, de la châtellenie d'Argy (8); celles des lieux autrefois dépendants du comté de Blois (9), savoir : de la châtellenie de Château-Regnault, de la seigneurie d'Herbault, de la seigneurie de Fracine, ne sont à vrai dire que des droits seigneuriaux; aussi ont-elles été réservées aux seigneurs qui les prétendaient, mais non admises comme coutumes.

Au sud-ouest de la Touraine se trouve le petit territoire de la ville de Loudun, enclavé entre la Touraine, l'Anjou et le Poitou, et régi par les coutumes générales des terres, pays et seigneuries de Loudunois (10).

A l'ouest de la Touraine est l'Anjou; à l'ouest du Vendômois et du Perche, au nord de l'Anjou, est le Maine. Les coutumes générales des pays et comté du Maine s'étendent sur les siéges du Mans, de Beaumont, de Fresnay, de la Ferté-Bernard, du Château-du-Loir, de Mayenne, et sur le comté de Laval. Les coutumes du pays et duché d'Anjou ont un territoire non moins étendu (11). Outre l'Anjou, elles régissent encore, comme coutumes générales, modifiées par les coutumes locales de Faye-la-Vineuse et de la baronnie de Mirebeau et pays de Mirebalais (12), un petit territoire séparé de l'Anjou par le Loudu-

(1) *V.* les oppositions pour Orléans, Berry, Chartres et Touraine. (Coutum. génér., t. III, p. 816, 977, 981, 990, 1113; t. IV, p. 683, 684.)

(2) Coutum. génér., t. III, p. 1091, note *b*.

(3) *Ib.*, t. III, p. 1078, note *b*.

(4) *Ib.*, t. III, p. 1101.

(5) *V.* les oppositions pour Blois et Anjou. (Coutum. génér., t. IV, p. 683-684.)

(6) Coutum. génér., t. IV, p. 621 et suiv.; p. 701 et suiv.

(7) Coutum. génér., t. IV, p. 678, 701.

(8) *Ib.*, t. IV, p. 708.

(9) *Ib.*, t. III, p. 1102; t. IV, p. 626-627, 707.

(10) *V.* la carte de la généralité de Poitiers, par Jaillot, 1732.

(11) *V.* les oppositions pour Touraine. (Coutum. génér., t. IV, p. 684.)

(12) Coutum. génér., t. IV, p. 595-597; Dupineau sur Anjou.

nois, et enclavé entre ce dernier pays, la Touraine et le Poitou.

A l'opposite de l'Anjou et du Maine, l'Orléanais touche à l'est, par le bailliage de Montargis, à celui d'Auxerre et au Nivernais. Les coutumes du comté et bailliage d'Auxerre ne s'étendent pas seulement sur la ville d'Auxerre et tout l'Auxerrois, touchant à la Bourgogne, au bailliage de Sens et au comté de Joigny, mais encore sur Vezelay, Donzy, Cosne-sur-Loire, Saint-Amand, Saint-Sauveur et plusieurs autres villes et villages des pays de Donziois et de Puisaye (1). Les coutumes locales de la châtellenie de Varzy, et quelques autres divergences, admises dans la première rédaction de la coutume, ont disparu dans la nouvelle (2). Les coutumes de Nivernais régissent un territoire assez considérable, situé au nord du Donziois, entre la Bourgogne et la Loire, qui le sépare de la partie du Berry, soumise aux coutumes de Lorris. Plus au midi, ce territoire s'étend aussi par la rive gauche de la Loire, jusqu'aux limites du Berry et du Bourbonnais. Les principales parties dont il se compose sont le pays et comté de Nivernais avec les villes de Nivernais et de Clamecy, la seigneurie de Château-Chinon et le bailliage royal de Saint-Pierre-le-Moutier (3). La coutume locale du Val-de-Lurcy, en fait de servitudes, a lieu dans sept paroisses de la châtellenie de Montenoison. En matière de successions, il y a coutume locale dans la ville et prévôté de Clamecy, aux châtelleuies de Metz, Monceaux-le-Comte, Neufontaines, et dans la ville, faubourgs et prévôté de Saint-Léonard ou Corbigny (4).

3° Région du sud.

Les pays coutumiers que nous avons parcourus jusqu'ici sont situés sur la Loire et au nord de la Loire : ceux que nous allons étudier sont entièrement au sud de cette rivière. Ils se divisent en deux groupes : ce qui reste du Berry, le Bourbonnais, l'Auvergne et la haute Marche à l'est : le Poitou, l'Angoumois, l'Aunis, une partie de la Saintonge et de la basse Marche à l'ouest.

Les coutumes générales des pays et duché de Berry, tant de la ville et septaine de Bourges que des autres villes et lieux de ce pays et duché, ne s'étendent, malgré la généralité de leur titre, que sur la partie, au reste considérable, du pays qui n'est pas comprise sous les coutumes de Montargis, de Blois et de Touraine (5). Ces coutumes générales mentionnent elles-mêmes la coutume locale de la ville et châtellenie d'Issoudun (6), et quelques coutumes particulières aux ville et septaine de Bourges, ville et septaine de Dun-le-Roy, Mehun-sur-Yèvre, et Vierzon (7). D'ailleurs, un arrêt du parlement, malgré le délai fixé à peine de déchéance pour la production des coutumes locales, réserva expressément celles-ci, lors même qu'elles concernaient autre chose que les droits des seigneurs déjà réservés par les commissaires (8). Les coutumes locales de Berry, rédigées séparément, sont celles de la ville, terre et châtellenie de Châteaumeillant, assise au ressort d'Issoudun ; celles de la terre et châtellenie du Châtelet en Berry ; de la ville et baronnie de Châteauneuf-sur-Cher, terres de Beauvoir et Saint-Julien ; de la terre et baronnie de Lignières ; de la terre et justice de Rezay ; de la terre et justice de Thevé ; de la prévôté de Troy, du ressort de Dun-le-Roy ; enfin, de la terre et châtellenie de Nançay (9).

Au sud-est du Berry, au sud du Nivernais, les coutumes générales du pays et duché de Bourbonnais s'étendent sur le Bourbonnais tout entier, savoir : sur les châtellenies de Montluçon, Herisson, Ainay, Murat, Verneuil, Chantelle-le-Château, Gannat, Billy, Bourbon-l'Archambault, la Bruyère, Moulins, Germigny et Vichy, et sur quelques par-

(1) *V*. les oppositions pour Troyes, Sens, Montargis, Nivernais. (Coutum. génér., t. III, p. 545, 591, 617-621.)

(2) Ancienne coutume, art. 11, 21, 32, 39, 75, 80, 90, 145, 148, 169, 265, Procès-verbal. (Coutum. génér., t. III, p. 587, 589-591, 630.)

(3) Coutum. génér., t. III, p. 1157-1169. *V*. les oppositions pour Sens, Auxerre, Berry. (*Ib.*, p. 545, 617-621, 978.)

(4) Coutume de Niv., chap. 9 et chap. 31, art. 15.

(5) *V*. les oppositions pour Montargis, Blois et Saint-Pierre-le-Moutier. (Coutum. génér., t. III, p. 860, 862, 975, 977, 978, 980, 981, 990, 991.)

(6) Nouvelle coutume de Berry, tit. Ier, art. 2 ; tit. II, art. 16, 17, 19, 20, 24 ; tit. VIII, art. 4 ; tit. XIV, art. 30. *V*. aussi Coutum. génér., t. III, p. 947, note *d*.

(7) Nouvelle coutume de Berry, tit. Ier, art. 1 et 2 ; tit. II, art. 15, 16, 17, 18, 24 ; tit. X. art. 15.

(8) Coutum. génér., t. III, p. 979 et 994. *in fine*.

(9) Les coutumes de Vefvre et de Beaujeu sont locales de la coutume de Lorris. — Il ne faut pas confondre avec les coutumes locales les franchises et priviléges de Dun-le-Roy, Preuilly, Charost, Saint-Germain-des-Bois, la Chapelle-d'Angillon, Lury, la Perouse, Vesdun, Boussac et Châteauneuf-sur-Cher, publiés par La Thaumassière et insérés dans le Coutumier général.

ties de la basse Auvergne, notamment sur Saint-Pourçain (1). Il y a, sous la coutume générale de Bourbonnais, les coutumes locales de Verneuil, de Billy, de Germigny, de Saint-Pourçain, et, quant aux tailles personnelles seulement, la coutume locale des quatre châtellenies de Murat, Hérisson, Montluçon et Chantelle (2).

Les coutumes générales du haut et bas pays d'Auvergne, s'étendent sur les deux bailliages royaux de Montferrand et des Montagnes d'Auvergne, et sur le ressort de la sénéchaussée du duché d'Auvergne, c'est-à-dire sur toute l'Auvergne, tant haute que basse, à l'exception seulement des lieux régis par la coutume de Bourbonnais et de ceux qui sont de droit écrit. Les lieux situés au pays coutumier d'Auvergne font de beaucoup la plus grande partie de la province. On y trouve une multitude de coutumes locales concernant, pour la plupart, le règlement des biens entre époux ou les pâturages. Le détail en serait infini, et il suffira de renvoyer au 4e volume de l'excellent ouvrage de Chabrol sur la coutume d'Auvergne (1784-1785). Le territoire des coutumes d'Auvergne comprend aussi le comté de Montpensier, qui a des coutumes locales différentes, selon qu'il s'agit de la ville d'Aiguesperse ou du plat pays situé hors de cette ville; et la haute Marche d'Auvergne, qui se compose du pays de Combrailles et du Franc-Aleu, et où il y a aussi quelques coutumes locales.

De la Marche d'Auvergne, nous passons dans la Marche proprement dite, ou Marche du Limousin. Les coutumes générales du haut pays du comté de la Marche, régissent les sept châtellenies de Gueret, Drouilles, Chenerailles, Felletin, Ahun, Aubusson et Jarnages (3).

La basse Marche est en partie pays de droit écrit, et en partie soumise aux coutumes générales du comté et pays de Poitou. Le vaste territoire de ces dernières embrassait tout le Poitou avec les siéges de Poitiers, Fontenay-le-Comte, Niort, Montmorillon, Civray, Saint-Maixent et Melle, l'Ile-de-Noirmoutier, l'Ile-Dieu et l'Ile-de-Bonin; la petite Marche de Poitou avec Rochechouard; la sénéchaussée de la basse Marche avec Bourganeuf, Pontarion, Saint-Benoît-du-Sault, et la ville et sénéchaussée du Dorat, située aussi dans la basse Marche (4).

Au sud du Poitou, le pays d'Aunis et l'Ile-de-Ré sont régis par les coutumes générales de la ville et gouvernement de la Rochelle. Les coutumes de la sénéchaussée et pays de Saintonge au siége et au ressort de Saint-Jean-d'Angély, s'étendent sur la partie septentrionale de la Saintonge, jusqu'à la Charente, plus quelques lieux situés sur la rive gauche de cette rivière, et moins quelques autres régis par le droit écrit, quoique situés sur la rive droite (5). Enfin, les coutumes générales de la comté et sénéchaussée d'Angoumois ont pour territoire toute la province de ce nom.

4o Région de l'ouest.

Jusqu'ici nous n'avons dépassé les limites du ressort du parlement de Paris que par accident, pour une petite partie du Bassigny, qui ressortit à Nancy, et pour la Saintonge, qui ressortit à Bordeaux. Pour compléter la géographie des pays coutumiers de France, il nous reste à voir les ressorts des parlements de Normandie, de Bretagne et de Bourgogne, séant à Rouen, Rennes, Dijon et Besançon (autrefois Dôle).

Le ressort de chacun des deux parlements de Rouen et de Rennes n'est régi que par une seule coutume générale : les coutumes du pays et duché de Normandie et les coutumes générales du pays et duché de Bretagne; mais il y a, dans le territoire de l'une et de l'autre de ces coutumes générales, plusieurs locales, que nous allons énumérer.

Dans la partie de la Normandie située au nord de la Seine, il y a d'abord la coutume locale de Caux, qui s'étend dans tout le bailliage de ce nom et sur quelques lieux de la vicomté de Rouen (6). Cette coutume locale admet elle-même certaines modifications à

(1) *V.* les oppositions pour Auvergne (Coutum. génér., t. III, p. 1286, 1287), et la table des lieux de l'Auvergne régis par la coutume de Bourbonnais, dans Chabrol, t. Ier.

(2) *V.* la nouvelle coutume de Bourbonnais, articles 192-196, 202, 203, 498-502; les locales de Bourbonnais, à la fin des générales; et les locales d'Auvergne. (Coutum. génér., t. IV, p. 1199.)

(3) Coutum. génér., t. IV, p. 1101, note *a*.

(4) Il y a eu opposition pour le Dorat, dont les habitants prétendirent être régis tant selon la disposition du droit écrit, que par des coutumes et observances contraires à celles de Poitiers; mais il a été décidé par arrêt du parlement, que les art. 268 et 269 de la coutume de Poitou, relatifs aux solennités des testaments, devaient être observés au Dorat. Coutum. génér., t. IV, p. 775, note *a*, p. 823.

(5) Coutum. génér., t. IV, p. 870. *V.* l'opposition pour le Poitou. (*Ib.*, p. 823.)

(6) Coutume de Normandie, art. 279-303, 363, 434, 448; Coutum. loc. de la Vicomté de Rouen, art. 1.

Gournay et à Aumale, et dans quelques autres lieux de la vicomté de Neufchâtel et de celles de Caudebec, Arques et Montivilliers. Toute cette partie de la Normandie jusqu'à la Seine, est séparée de la France et du Beauvaisis par la rivière d'Epte, sauf vingt-quatre paroisses, hameaux et villages du Beauvaisis, situés au delà de l'Epte et épars parmi les villages du vidamé de Gerberoi, qui ont été réunis à la Normandie sous le nom des *conquêts Huë de Gournay et spéciautés de Beauvaisis*, tout en conservant certaines coutumes locales (1).

Sur les deux rives de la Seine sont les bailliages de Rouen et de Gisors. Dans le premier, il n'y a que les coutumes locales de Jumiéges, dans la vicomté de Rouen, et celles du village de la Haie-Malherbe, dans la vicomté du Pont-de-l'Arche. Les vicomtés du Pont-Audemer et d'Auge n'ont aucune coutume locale (2). Le bailliage de Gisors ou Vexin normand a quelques coutumes locales dans chacune des quatre vicomtés de Gisors, Vernon, Andely et Lions.

Les vicomtés de Caen, de Vire, de Bayeux et de Falaise, du bailliage de Caen, ont chacune leurs coutumes locales, tandis que le bailliage de Cotentin tout entier, avec les vicomtes de Coutances, Avranches, Valognes, Carentan, et les bailliages de Saint-Sauveur-Landelin, Saint-Sauveur-le-Vicomte et Mortain, ne se régissent que par la coutume générale (3). Le bailliage d'Évreux a les coutumes locales de la vicomté et châtellenie d'Évreux et Nonancourt, celles de la vicomté de Beaumont-le-Roger, y compris le comté d'Harcourt, et celles de la vicomté et châtellenies de Conches et Breteuil : on ne voit pas que les châtellenies de Pacy et Ezy, que les commissaires déclarèrent par provision soumises aux coutumes d'Évreux et Nonancourt, se soient pourvues contre cette décision, et quant à la vicomté d'Orbec, comprenant la ville de Lisieux, les etats déclarèrent se soumettre pour le tout à la coutume générale de Normandie (4). Dans le bailliage d'Alençon, enfin, il y a les coutumes locales de la vicomté et châtellenie d'Alençon, et celles de la vicomté de Verneuil (avec Châteauneuf en Thimerais, ressort normand). La coutume locale de la vicomté de Domfront a été abolie en partie du consentement des états, et en partie par provision. Les vicomtés d'Argentan et Exmes, Saint-Sylvain et le Thuit, Montreuil et Bernay, n'ont aucun usage local autre que la coutume générale de Normandie (5).

Pendant que le bailliage d'Alençon avait été tenu en apanage et en duché-pairie, il avait eu un échiquier et conseil spécial, qui fut supprimé lorsque cet apanage fit retour à la couronne. La réunion du ressort de cet échiquier à celui du parlement de Rouen, eut lieu en vertu d'un édit de juin 1584, dès avant la rédaction de la coutume de Normandie (6). Le comté d'Eu, au contraire, appartenait, lors de cette rédaction, au duc de Guise, qui prétendait le tenir en pairie. Les lettres du roi Henri III ayant ordonné aux commissaires de comprendre le comté d'Eu dans la rédaction des coutumes de Normandie, et les états du comté d'Eu ayant été assignés avec les autres états de la vicomté d'Arques, un débat très-vif s'ensuivit; les Normands prétendant contre le procureur du comté d'Eu que le comté était sujet aux coutumes de Normandie et au ressort du parlement de Rouen, tandis que le comte d'Eu prétendait, par le privilége de sa pairie, ressortir au parlement de Paris. Dès avant, des lettres du roi avaient autorisé la rédaction des coutumes générales du bailliage et comté d'Eu sous l'autorité du parlement de Paris. Les coutumes s'étendaient sur Eu, Blangy, Foucarmont et Mesnières. Quant à la vicomté d'Ourville, dépendant du comté d'Eu, et qui se composait d'Ourville, Gerponville, Gremonville, Romare et autres lieux entièrement enclavés dans les vicomtés de Rouen et de Caudebec, les habitants prétendirent qu'ils n'observaient d'autres coutumes que celles de Normandie (7). Rien ne paraît avoir été décidé sur cette opposition, non plus que sur les débats qui se sont élevés au sujet d'un grand nombre d'articles de la coutume d'Eu.

(1) *V*. ces coutumes, et la note de Ricard sur Gerberoi. (Coutum. génér., t. Ier, p. 223.)

(2) *V*. les coutum. loc. des vicomtés de Rouen et de Pont-de-l'Arche, et le procès-verbal des coutumes loc. (Coutum. génér., t. IV, p. 135-136.)

(3) Coutum. génér., t. IV, p. 139-140.—Le procès-verbal des locales passe sous silence les bailliages de Saint-Sauveur-Landelin et Saint-Sauveur-le-Vicomte. Quant à Mortain, les commissaires donnèrent acte de leurs remontrances à ceux qui prétendaient des coutumes locales; mais sans les admettre.

(4) Coutum. génér., t. IV, p. 138.

(5) *Ib.*, t. IV, p. 137-138. — Outre les coutumes locales rédigées à part, l'art. 78 de la Coutum. gén., mentionne un usage particulier à la châtellenie de Saint-Jacques et au Val-de-Mortain; l'art. 454, un autre particulier à Pont-Audemer, Pont-l'Évêque, Lizieux, Caen, Coutances, Avranches, etc.

(6) Coutum. génér., t. IV. p. 109.

(7) *Ib.*, t. IV, p. 172.

Les commissaires, tant pour la première rédaction que pour la réformation de la coutume de Bretagne, n'ont reçu d'autres coutumes locales que celles de la ville, faubourgs et prévôté de Rennes, du territoire de Goëllo, des ville, faubourgs et quatre paroisses de Vannes, des ville, faubourgs et comté de Nantes. Mais ils déclarèrent expressément que ceux qui prétendaient des droits de convenant et domaine congéable, en useraient et jugeraient comme ils avaient fait au temps passé bien et dûment (1). Les usances locales du domaine congéable ne furent donc point publiées par eux, quoiqu'elles leur fussent présentées : ce sont celles de la vicomté de Rohan, celles de l'évêché et comté de Cornouailles (excepté la juridiction de Daoulas, ramagère de la principauté de Léon), et celles de la principauté de Léon et juridiction de Daoulas (2). L'usance locale de Brouerec, recueillie dans plusieurs turbes et dans les mémoires de Gatechair, s'étendait dans l'ancien territoire des comtes de Vannes. Outre ces usances du domaine congéable, quelques autres étaient encore reçues dans la vicomté de Porhoët, membre de l'ancien comté de Vannes, dans la ville et évêché de Saint-Malo, dans la baronnie de Fougères et dans la ville de Vitré (3).

C'est ici le lieu de dire quelques mots des usages des marches séparantes des provinces de Bretagne, Poitou et Anjou (4). Ces marches étaient des paroisses, terres et seigneuries situées sur les confins de ces provinces, et non-seulement indivises par moitié, mais indivisibles entre la Bretagne et le Poitou (5), ou le Poitou et l'Anjou, ou l'Anjou et la Bretagne. Elles n'avaient point de coutumes locales particulières, mais des usages particuliers pour déterminer la coutume suivant laquelle elles devaient se régir. On en reconnaissait de trois sortes. Dans les marches communes la juridiction s'exerçait par prévention par les deux seigneurs. Les profits féodaux et seigneuriaux leur étaient payés à chacun suivant sa coutume; les contrats se régissaient suivant la coutume du notaire qui les avait reçus; les actions personnelles, suivant la coutume de la justice où la partie la plus diligente l'avait portée par prévention. La prévention avait lieu aussi pour les actions réelles : pour le tout, lorsqu'elles étaient indivisibles; pour l'insistance seulement, lorsqu'elles étaient divisibles; le fond de la cause se décidant alors suivant chacune des deux coutumes pour moitié. Dans les marches avantagères à la Bretagne sur le Poitou, ou au Poitou sur la Bretagne, etc., il n'y avait de commun et d'indivis que la foi et l'hommage, l'aveu et la déclaration censive, et le payement des profits féodaux. Les obligations et les actions s'y réglaient entièrement suivant la coutume de l'avantage, à qui appartenaient aussi pour le tout la juridiction et les profits seigneuriaux. Enfin, les marches contr'hostées étaient comme un appendice et une exception aux marches communes et avantagères dans lesquelles elles étaient situées. Tous les profits tant féodaux que seigneuriaux appartenaient exclusivement à l'un des deux seigneurs, tandis que la juridiction et la coutume y variaient suivant que ces marches étaient comprises dans les marches communes ou avantagères. Outre ces trois espèces de marches, il pouvait y en avoir d'anomales, où les usages qu'on vient d'expliquer étaient modifiés par des titres particuliers ou par la possession.

5° Région du sud-est.

Les coutumes générales du pays et duché de Bourgogne régissaient un territoire étendu, divisé en cinq grands bailliages, sous-divisés en plusieurs autres, savoir : le bailliage d'Auxois, comprenant ceux de Sémur en Auxois, Arnay-le-Duc, Saulieu et Avalon, avec le comté de Noyers; le bailliage de la Montagne ou de Châtillon-sur-Seine, avec Arc en Barrois et le comté de Bar-sur-Seine (6), enclavés dans la Champagne; le bailliage de Dijon, avec ceux d'Auxonne, de Saint-Jean-de-Losne, de Nuits et de Beaune; le bailliage d'Autun, avec ceux de Montcenis, Bourbon-Lancy, Semur en Brionnais, et le comté de

(1) Coutum. génér., t. IV, p. 461.

(2) Il y a aussi le droit de mote dans les évêchés de Cornouailles et de Léon, et le droit de quevaise dans l'évêché de Cornouailles.

(3) L'ancienne usance de Ploërmel, Fougères, Lamballe et Quintin touchant les appropriements a été abolie par l'art. 269 de la nouvelle coutume de Bretagne.

(4) Traité de la nature et usages des marches séparantes des provinces de Bretagne, Poitou et Anjou, par Gabriel Hulin. Rennes, 1666, et dans la Coutume de Bretagne, par Sauvageau.

(5) La moitié indivise, qui était Poitou, s'appelait Thouarçais, parce qu'elle était ordinairement mouvante du seigneur de Thouars; la moitié qui était Bretagne, s'appelait Mée, à cause de l'archidiaconé de la Mée ou moitié d'outre Loire, de l'évêché de Nantes.

(6) Le comté de Bar-sur-Seine ressortissait au parlement de Paris.

Charolais ; enfin le bailliage de Châlons-sur-Saône avec la Bresse châlonnaise. Dans les bailliages de Châlons et de Dijon étaient aussi comprises les terres d'outre-Saône et ressort de l'ancien parlement de Saint-Laurent, « ès lieux où l'on n'use point de droit écrit (1). »

Les coutumes générales du comté de Bourgogne s'étendaient sur toute la Franche-Comté, dans les bailliages d'Amont, d'Aval, de Dôle et de Besançon (2).

II. *Pays de droit écrit du midi de la France.*

La limite entre les pays coutumiers et les pays de droit écrit ne sera pas difficile à tracer, si nous déterminons avec exactitude le sens dans lequel il convient de prendre ce nom de pays de droit écrit, dont tant de jurisconsultes, d'ailleurs très-éminents, se sont fait quelquefois de si étranges idées. Par suite de la renaissance de l'étude du droit romain au commencement du douzième siècle, ce droit acquit peu à peu une autorité de doctrine comme raison écrite et comme droit commun de tous les peuples de la chrétienté. Cette autorité, déjà solidement établie au quinzième siècle, a pu être reconnue expressément par les rédacteurs des coutumes de Bourbonnais, de la haute Marche, du duché et du comté de Bourgogne, sans que ces pays cessassent pour cela d'être pays coutumiers. Le droit romain planait au-dessus des coutumes et des lois positives, comme une sorte de logique universelle appliquée au droit ; on y trouvait des règles d'interprétation, des règles supplétives, des analogies fécondes. Ce n'est que plus tard qu'on s'est avisé de s'en servir pour combattre, pour restreindre, pour altérer, pour supplanter les coutumes.

Ce n'est donc pas dans cette autorité générale du droit romain que pourra consister le propre caractère des pays de droit écrit : l'origine de cette distinction est plus ancienne et plus profonde. Les pays de droit écrit sont ceux où la domination romaine s'établit le plus tôt et se conserva le plus tard ; où les lois romaines avaient jeté les racines les plus profondes dans les mœurs des populations vaincues, transformées par le voisinage et par de nombreuses colonies ; où cette population fut le moins mêlée, par la suite, de conquérants barbares ; où les institutions romaines survécurent par conséquent en grande partie dans les relations privées, comme dans l'organisation municipale, à la destruction même de l'empire. Aussi cette distinction commence-t-elle à poindre dès que le principe des lois personnelles s'affaiblit (3). Elle est nettement exprimée dans les lettres de Philippe le Bel, de juillet 1302, pour l'étude du droit civil et canon à Orléans, en ces termes (art. 1er) : *Super negotiis et causis forensibus, quæ spiritualitatem et fidei sacramenta non tangunt, regnum nostrum consuetudine et moribus præcipue, non jure scripto regitur; licet, in partibus ipsius regni quibusdam, subjecti, ex permissione nostrorum progenitorum et nostrâ, juribus scriptis utantur in pluribus, non ut juribus scriptis ligentur, sed consuetudine juxtà juris scripti exemplar moribus introducta.*

Aussi, bien la distinction des pays de droit écrit et des pays coutumiers est un fait incontestable et incontesté, ainsi que la limite qui les sépare ; et l'on a seulement cherché à subtiliser sur l'explication qu'il convenait de donner de ce fait, et à élever des doutes sur sa légitimité ou sur son importance.

Le droit romain, dans celles de ses dispositions qui n'étaient pas unanimement considérées comme abolies, parce qu'il était de toute évidence qu'elles étaient inapplicables dans une société moderne et chrétienne ; le droit romain ainsi réduit formait la coutume générale du midi de la France. Cette coutume générale recevait quelques modifications suivant les ressorts des divers parlements, en vertu de la jurisprudence particulière adoptée par chacun d'eux. Enfin il pouvait y avoir, et il y avait partout des coutumes rédigées ou non, générales ou locales, mais qui ne pouvaient jamais être considérées que comme locales à l'égard du droit romain.

Les pays de droit écrit du ressort du par-

---

(1) Coutum. génér., t. II, p. 1180-1181.

(2) J'ai compris la Franche-Comté parmi les pays coutumiers de la France, ainsi que la Provence, le Dauphiné, la Bresse, etc., parmi les pays français de droit écrit, quoique ces provinces fussent originairement des dépendances du royaume d'Arles : quant aux parties de ce royaume qui n'ont pas été réunies à la France, la Savoie se régissait par le droit écrit, modifié par la jurisprudence du sénat de Chambéry et les statuts des ducs ; pour la Suisse romande, nous avons les édits de la république de Genève, les lois et statuts du pays de Vaud, les lois et coutumes de la souveraineté de Neufchâtel, etc. Enfin, il faut mentionner ici le style royal suivi dans le marquisat de Saluces, lorsqu'il appartenait à la France.

(3) *Edictum pistense anni* 864, cap. 13, 16, 20, 23, 31.

lement de Paris, sont : 1° Le Lyonnais, avec le Franc de Lyon, situé au delà de la Saône et de la Loire, et le Mâconnais, où il y a des coutumes non écrites qui se prouvaient par turbes; et un style de justice particulier (1).

2° Une partie de l'Auvergne, savoir : dans la haute Auvergne, Aurillac, Mauriac, Maurs, Vic-sur-Cère, Murat, Pierrefort, Chandesaigues, Saint-Flour, etc.; dans la basse Auvergne, Saint-Paulien et quelques autres lieux limitrophes du Velay, plus un certain nombre de villes, villages et terres ayant autrefois appartenu au clergé, tels que Brioude et le pays Brivadois (tandis que Langeac et le Langhadois, situés plus au sud, sont au pays coutumier); la Chaise-Dieu, Sauxillanges, Saint-Germain-Lembron, Issoire, Clermont, Billom, Vertaison, etc. D'autres lieux, comme Saint-Germain-l'Herm, sont régis en partie par le droit écrit, en partie par la coutume. Dans tous ces lieux, certaines dispositions de la coutume générale d'Auvergne étaient admises, et un grand nombre de coutumes locales modifiaient plus ou moins l'application du droit écrit (2).

3° Enfin, une partie de la basse Marche, savoir les châtellenies de Bellac, Rançon et Champagnac. Là aussi il y avait sans doute des coutumes locales, puisque les habitants du Dorat, autre ville de la basse Marche, qui prétendirent être régis par le droit écrit, alléguaient en même temps des coutumes particulières (3). Le ressort de la basse Marche était autrefois à Limoges, et de là au parlement de Bordeaux; mais les lettres patentes du 25 janvier 1595 ont attribué la basse Marche au parlement de Paris (4).

Le ressort du parlement de Bordeaux est régi tout entier par le droit écrit, à l'exception seulement de la partie septentrionale de la Saintonge, au siége de Saint-Jean-d'Angély, qui est pays coutumier. La Saintonge entre mer (Gironde) et Charente, au siége de Saintes, est régie par le droit civil, ainsi que l'île d'Oléron, qui en dépend. Il y a néanmoins pour cette partie de la Saintonge une usance locale insérée au Coutumier général (5), mais qui n'a pas été rédigée d'autorité publique. Aussi n'était-elle appliquée que dans trois cas : lorsque les parties en demeuraient d'accord, ou lorsque ses dispositions se trouvaient déjà confirmées par des jugements et surtout par des arrêts, ou lorsque la preuve en était faite par notoriété.

Quant aux autres pays qui ressortissaient au parlement de Bordeaux, nous n'avons pour le Limousin, l'Agénois et le Périgord, que les anciennes coutumes des villes de Limoges et d'Agen, dont l'origine et l'autorité sont également incertaines (6); les coutumes et établissements du château de Clermont-Souverain (7), et les statuts et coutumes de Bergerac, contenus dans une charte d'Édouard d'Angleterre, prince de Guyenne et de Galles, en date de 1368, et confirmés par les rois de France, Henri III, en 1584, Henri IV, en 1592, Louis XIII, en 1610 (8). Le Bazadois a des coutumes dont il existe deux anciennes rédactions inédites (9). La rédaction officielle en fut ordonnée en 1520, mais rien n'indique qu'elle ait jamais eu lieu.

Les coutumes générales de Bordeaux, sénéchaussée de Guyenne et pays Bordelais ont été rédigées officiellement, ainsi que les diverses coutumes de la sénéchaussée de Lannes ou des Landes, savoir : les coutumes générales des pays de Marsan, Tursan et Gabardan, avec les locales de la ville du Mont-de-Marsan, les coutumes des ville, cité, prévôté et autres lieux et paroisses des siége et ressort d'Acs; les coutumes générales de la prévôté et siége de Saint-Sever, avec les coutumes locales de la ville de Saint-Sever et quelques autres divergences locales mentionnées dans la coutume générale (10); les coutumes de la ville et cité de Bayonne et de sa juridiction.

Les deux districts des provinces basques de France sont régis l'un, situé au sud de Bayonne, par les coutumes générales du pays et bailliage de Labour; l'autre, enclavé entre

(1) Bouhier, Coutume de Bourgogne, t. I, p. 173 et suiv.; Bibliothèque des Coutumes, par Berroyer et Laurière; Bibliothèque de Droit, de Camus.

(2) *V.* pour tout ceci, Chabrol, t. I et IV, et le Procès-verbal de la coutume d'Auvergne. (Coutum. génér., t. IV, p. 1222.)

(3) *V.* plus haut.

(4) Coutum. génér., t. IV, p. 823 et p. 1101, note *a*.

(5) Coutum. génér., t. IV, p. 883.—*V.* aussi les notes qui se trouvent à cette page et à la page 870.

(6) Elles se trouvent au tome IV du Coutum. gén. *V.* aussi la Bibliothèque des Coutumes de Berroyer et Laurière.

(7) Imprimés à Agen, 1596, in-8°.

(8) Coutum. génér., t. IV, p. 1005.—Il y a d'autres coutumes plus anciennes de Bergerac, de l'an 1334, dans le manuscrit de la Bibliothèque royale, 9850, 1, 1. (Colbert, 1481.)

(9) Elles se trouvent toutes deux dans le manuscrit cité à la note précédente, qui contient aussi d'anciennes coutumes de Bordeaux.

(10) Coutum. génér. de Saint-Sever, tit. III, art. 19, 20; tit. V, art. 16; tit. VIII, art. 9-13; tit. IX; tit. XI, art. 17-26; tit. XII, art. 30-41; tit. XVIII, art. 4-10, 13, 16.

le Béarn et la Navarre, par les coutumes générales du pays et vicomté de Soule.

Ici finit le ressort du parlement de Bordeaux; celui du parlement de Pau comprend la basse Navarre et le Béarn, régis chacun par ses fors et coutumes (1).

Le ressort du parlement de Toulouse s'étend sur une partie considérable de la Guyenne, savoir : le Quercy et le Rouergue; sur une partie considérable de la Gascogne, savoir : l'Armagnac, l'Astarac, la Lomagne, les quatre vallées, le Bigorre, le Nebouzan, le Comminges et le Couserans; sur le comté de Foix; sur le haut Languedoc, composé des diocèses de Rieux, de Toulouse, de Montauban, d'Alby, de Castres, de Lavaur, de Saint-Papoul et de Mirepoix; sur le bas Languedoc, où sont les diocèses de Carcassonne, de Limoux et Alet, de Narbonne, de Saint-Pons, de Béziers, de Lodève, d'Agde, de Montpellier, de Nîmes et d'Uzès; enfin sur les Cévennes, savoir : sur les diocèses d'Alais (ou pays des Cévennes proprement dit), de Mende (ou Gévaudan), du Puy (ou Velay) et de Viviers (ou Vivarais).

Dans tout ce vaste ressort, pays des anciens municipes romains, le droit écrit est modifié, moins par des coutumes proprement dites que par les chartes, priviléges, franchises et statuts des cités. Leur nombre est infini; il s'en faut de beaucoup qu'ils aient été tous publiés; mais il n'entre pas dans notre plan d'en entreprendre ici la recherche et l'énumération (2). Nous ne devons mentionner que les coutumes des vallées de Baréges, de Lavedan, ville de Lourde, pays de Rivière-ousle, baronnie des Angles et marquisat de Bénac, dépendants du comté de Bigorre (3).

Au sud du ressort du parlement de Toulouse est celui du conseil souverain de Perpignan, comprenant la Catalogne française, savoir, le comté de Roussillon ou Viguerie de Perpignan, avec la Viguerie de Villafranca de Conflent, et une petite partie du comté de Cerdagne (Viguerie de Puycerda). C'est encore un pays de droit écrit : Perpignan a ses usages particuliers (4).

A l'est du ressort du parlement de Toulouse, au delà du Rhône, deux grands pays de droit écrit, la Provence et le Dauphiné, formant les ressorts des parlements d'Aix et de Grenoble, nous offrent, d'une part, un nombre considérable des chartes et de statuts municipaux, à Arles, Marseille, Aix, etc.; de l'autre, certains statuts provinciaux : ceux des comtés de Provence et de Forcalquier sont insérés au Coutumier général (5); ceux du Dauphiné sont indiqués dans la Bibliothèque des Coutumes par Berroyer et Laurière.

Entre la Provence et le Dauphiné sont enclavés le Comtat Venaissin, avec Avignon, qui a appartenu au pape jusqu'à la révolution; et la principauté autrefois souveraine d'Orange, qui a été incorporée d'abord à la Provence et depuis au Dauphiné. Plus au nord est la principauté de Dombes, ayant un petit parlement souverain à Trévoux. Chacun de ces trois pays a ses lois, ordonnances et statuts particuliers (6), mais point de coutumes écrites.

Il y a, en dernier lieu, quelques pays de droit écrit dans le ressort du parlement de Dijon : ce sont les provinces de Bresse, Bugey, Valromey et Gex, entre la Saône et le Rhône, la Franche-Comté, la Savoie et la Suisse. Lors de la réunion de ces provinces à la France, en échange du marquisat de Saluces, Henri IV confirma leurs coutumes par ses lettres patentes du mois de novembre 1601; il ordonna en même temps que ces coutumes fussent rédigées, mais elles ne l'ont jamais été d'une manière officielle (7).

III. *Pays-Bas.*

Notre attention ne doit pas se porter indifféremment sur toutes les provinces des Pays-Bas, ni sur toutes les terres d'Empire qui furent autrefois comprises dans les Gaules, mais sur celles-là seulement qui depuis ont été en tout ou en partie incorporées à la France, ou qui, étant wallonnes, offrent un point de ressemblance de plus avec elle, et un intérêt plus direct pour l'étude de son ancien droit.

Dans la Flandre, la grande prépondérance des communes a produit une organisation

(1) Fors et coustumes deu royaume de Navarre, e stil de la Chancellaria, avec l'avanzel. Orthez, 1545, in-8o.—Fors et costumas de Bearn. (Coutum. génér., t. IV, p. 1071.)

(2) Les coutumes de Toulouse, insérées au Coutumier général, ont été rédigées dès 1280 et souvent confirmées depuis par les rois de France.

(3) Bibliothèque de Droit de Camus.

(4) Libre de privilegis, usos y ordinacions de la vila de Perpinya. Perpignan, 1651, in-4o.

(5) T. II, p. 1205 et suiv.

(6) *V.* la Bibliothèque de Droit de Camus.

(7) Bouhier, Coutume de Bourgogne, t. Ier, p. 173 et suiv., 197 et suiv., 222. *V.* les ouvrages qui traitent de ces coutumes, dans la Bibliothèque des Coutumes, par Berroyer et Laurière, et dans la Bibliothèque de Droit de Camus.

remarquable sous le rapport de l'administration de la justice, et qui n'est pas restée sans influence sur la rédaction des coutumes. Quelquefois l'échevinage forme un territoire privilégié, exempt de la juridiction des châtellenies voisines, et a sa coutume séparée; quelquefois même la châtellenie a été incorporée à la ville, la juridiction ordinaire a été réunie à l'échevinage, l'ancienne cour seigneuriale n'a conservé de juridiction que sur les fiefs; et dans ce cas, il y a d'une part les coutumes de la ville et de la châtellenie pour les bourgeois et les biens roturiers, de l'autre, la coutume de la cour du prince pour les nobles et les matières féodales.

Dans la Flandre wallonne, nous trouvons d'abord les coutumes générales de la salle, gouvernance, bailliage et châtellenie de Lille, avec beaucoup de coutumes locales, savoir : celles de la ville et échevinage de Séclin; celles de l'échevinage d'Anapes; celle des Bancs de l'Épine-l'Apostelle, membre de l'échevinage de Wepes; celles de la prévôté et échevinage d'Esquermes; celle de la pairie d'Esreux; celle des Francs-Aleuds; celle du fief du châtelain de Lille, cour et halle de Phalempin; celles de la comté de Herlies, membre du gros du fief du châtelain de Lille; celles de la ville et échevinage de la Bassée, enclavée dans l'Artois; celles de l'échevinage d'Ostrincourt; celles de l'échevinage de Neufville, en la paroisse de Phalempin; celle de la ville et prévôté de Cysoing; celles de la ville et échevinage de Commines; celles de la ville et échevinage d'Armentières, des seigneuries de Saint-Simon et Raisse et des cours qui en dépendent; celles de la ville de Lannoy; celles de la seigneurie d'Erquinghem sur la Lys; celle de la seigneurie de Tourcoing; celles de la seigneurie de Mouvaulx; celles du chapitre de Saint-Piat de Séclin; celles de la seigneurie du couvent de Saint-Quentin de Lille, celle des hameaux de Millefonsse et Bousignies, situés dans la paroisse de Hasnon, en deçà de l'Escaut; celles de la seigneurie de Bouvines, appartenant au couvent de Saint-Amand en Peule; celles des seigneuries situées à Templeuve en Peule; celles de la seigneurie et quint de Salomes près la Bassée; celles de la ville et échevinage du Pont à Wendin; celles de la seigneurie de Leboutillerie, paroisse de Fleurbaix et villages voisins; celles de la terre et seigneurie d'Ennetières en Wapes, appartenant au couvent de Saint-Pierre près Gand; celles de la seigneurie de Camphin, appartenant au même couvent; celles de la seigneurie et échevinage de Wahaignies; celles des terres de l'église collégiale de Saint-Pierre de Lille, enfin celles de la seigneurie de Haubourdin et Ammerin (1).

Il faut distinguer avec soin de ces coutumes générales et locales de la salle et châtellenie de Lille, celles de la ville, taille, banlieue et échevinage de ce nom. On trouve en outre, dans la Flandre wallonne, 1° les coutumes de l'échevinage de la ville et cité de Tournay, pouvoir et banlieue d'icelle (2); 2° les coutumes générales et locales du bailliage de Tournay et Tournesis (3), dont il n'existe point à notre connaissance de rédaction officielle; 3° les coutumes générales de la gouvernance, bailliage et châtellenie de Douai, Orchies et de leurs appartenances; 4° les coutumes de la ville et échevinage de Douai; 5° celles de la ville et échevinage d'Orchies (4); celles de la ville et bourgeoisie de la Gorgue, avec les coutumes particulières de la Loi d'Arras (5).

La Flandre teutonne, tant maritime qu'impériale, offre de même un grand nombre de coutumes; les voici telles qu'elles se suivent, en tirant du sud au nord et de l'ouest à l'est (6) :

Sur les confins de l'Artois :

Les coutumes de la ville et châtellenie de Bourbourg (non compris les fiefs qui se règlent suivant la coutume de la cour dont ils sont tenus) (7);

Les coutumes de la ville et châtellenie de Cassel (y compris les fiefs), avec certaines coutumes concernant en particulier l'échevinage (art. 217 et suiv.), et les usages locaux des villes de Cassel, Hazebrouck et Watene;

Les coutumes de la ville et bourgeoisie d'Estaires (sur la Lys);

Les coutumes de la ville et châtellenie de Bailleul (y compris les fiefs).

Sur la mer :

Les coutumes des ville, châtellenie et vasselages de Bergues-Saint-Winox (non compris les fiefs), avec les coutumes locales de la seigneurie de la prévôté de Saint-Donat à

(1) *V.* le Coutum. génér., t. II, p. 891 et suiv., p. 916 et suiv.

(2) Coutum. génér., t. II, p. 951 et suiv.

(3) *V. Ib.*, t. II, p. 967.

(4) *Ib.*, t. II, p. 971, 983, 995.

(5) Coutum. génér., t. II, p. 1005.

(6) Elles remplissent presque en entier la deuxième moitié du t. Ier du Coutumier général.

(7) Coutume de Bourbourg, rubr. 10, art. 5, *in fine*.

Bruges, s'étendant dans la ville et le territoire de Bergues; celles de la seigneurie de Pitgam; celles de la baronnie d'Esquelsbecque et seigneurie de Ledringhem; celles de la seigneurie de Zuytkote; celles de la seigneurie de Houtkerke; celles de la ville et seigneurie de Hondtschoote;

Et les coutumes de la cour féodale et de la tour ou perron du prince à Bergues-Saint-Winox;

Les coutumes de la ville et châtellenie de Furnes et pays de Furne-Ambacht (non compris les fiefs),

Et les coutumes de la cour féodale du bourg (ou château) de Furnes;

Les coutumes de la ville de Nieuport;

Les coutumes de la ville d'Ostende.

De là à l'est jusqu'à la Lys :

Les coutumes de la ville, élection et juridiction de Poperingue, y compris celles de la cour féodale, appartenant aux religieux de Saint-Bertin, à cause de leur ville et seigneurie de Poperingue (1);

Les coutumes de la salle et châtellenie d'Ypres (2),

Et les coutumes de la ville et bourgeoisie d'Ypres;

Les coutumes de la ville et bourgeoisie (et non de la châtellenie) de Rousselare (non compris les fiefs).

Sur la Lys et l'Escaut :

Les coutumes de la ville et châtellenie de Courtray,

Et les coutumes de la cour féodale du château de Courtray;

Les coutumes de la ville et châtellenie d'Oudenarde, y compris celles des fiefs tenus de la cour et du *Steenenman* de la châtellenie d'Oudenarde (3);

Les coutumes de la ville et échevinage de Gand (non compris les fiefs).

Au nord-ouest de Gand, jusqu'à la mer et aux bouches de l'Escaut :

Les coutumes générales non écrites de la châtellenie de l'Auderburg, à Gand, au pays de Flandre (4), avec les coutumes locales écrites des paroisses de Desseldonck, Sledinghem, Lovendeghem, Waerschoot, Doorzele et Hyefte, qui s'y réfèrent;

Les coutumes de la ville de Bruges,

Et les coutumes de la cour féodale du prince, du bourg (ou château) de Bruges;

Les coutumes du pays du Franc (de Bruges) ou Franconat (y compris les fiefs);

Les coutumes des ville et franchise d'Ecloo et paroisse de Lembeeke;

Les coutumes de la châtellenie de Bouchaute (non compris les fiefs) (5);

Les coutumes de la ville et châtellenie d'Assenède (non compris les fiefs) (6).

Vers la frontière de Hainaut et de Brabant, à l'est :

Les coutumes de la seigneurie et franchise de Renaix (y compris les fiefs qui en dependent);

Les coutumes de la ville et cité, comme aussi de la cour féodale du burgt (ou château) de Ninove;

Les coutumes des deux villes et du pays d'Alost, y compris les coutumes des fiefs tenus de la cour et de la tour à Alost (7); avec les coutumes particulières de la ville de Grandmont ou Gramont;

Les coutumes des ville et pays de Termonde (ou Dendermonde),

Et les coutumes de la cour du prince et féodale de Termonde;

Enfin, les coutumes du pays de Waes, y compris celles des fiefs tenus de la cour dudit pays (8).

Toutes ces coutumes n'étaient que locales par rapport aux « coutumes communes et usages ordinaires du pays et comté de Flandre. » Mais les coutumes générales de la Flandre n'ont jamais été rédigées, quoique l'acte de confirmation d'un grand nombre des coutumes des villes, pays, seigneuries et châtellenies, s'y réfère expressément pour les cas non décidés par ces dernières (9). Ce n'est qu'à défaut des coutumes générales de Flandre que l'on doit recourir à la disposition du droit commun écrit : ainsi l'ordonne l'acte de confirmation de ces mêmes coutumes locales; et il faut sans doute entendre de même l'acte de confirmation de plusieurs autres qui ne se réfèrent explicitement qu'au droit écrit (10). Dans quelques coutumes, on a même eu soin d'avertir que ces renvois au

---

(1) Coutume de Poperingue, tit. XXIX et XXX.

(2) Ici la châtellenie est réunie à la salle ou cour féodale, et non à l'Échevinage.

(3) Coutume d'Oudenarde, rubrique 3.

(4) *V.* le Coutumier général, t. I[er], p. 825; la coutume de Desseldonck, art. 6 *et passim*.

(5) Qui se règlent selon la coutume de la cour dont ils sont tenus. Coutume de Bouchaute, rubr. 29, article 3.)

(6) Coutume d'Assenède, rubr. 17, art. 3.

(7) *Ib.*, d'Alost, rubrique 22.

(8) *Ib.*, de Waes, rubr. 2, art. 13.

(9) *V.* la conclusion des coutumes de Bourbourg, Bergues, Bruges, du Franc, de Furnes, Nieuport, Ecloo, Assenède, de la ville d'Ypres, de Rousselare, Estaires, Poperingue, Oudenarde, Alost et Waes.

(10) *V.* la conclusion des coutumes de Cassel, de la

droit écrit ne devaient avoir d'effet que pour autant qu'il était passé en coutume ou reçu en usage (1).

Le Brabant, qui borne la Flandre à l'est, n'a que peu de parties wallonnes (2); au sud du Brabant, les coutumes du pays et comté de Namur régissent un petit territoire wallon sur la Sambre et la Meuse, y compris Charlemont, Givet et les autres lieux du Namur français : ces coutumes se suppléent par le droit écrit (3). Un plus vaste territoire, pareillement wallon, est régi par les coutumes générales du noble pays et comté de Hainaut. Une ligne, tirée du sud au nord, divise le Hainaut en deux parties inégales : la plus grande, à l'est, ressortit au chef-lieu de Mons, et comprend Lessines, Ath en partie, Braine-l'Aleud, Braine-le-Comte, Soignies, Rœux, Saint-Guilain, Binche, Quiévrain, Bavai, Maubeuge, Berlaymont, Solre-le-Château, Landrecies, Avesnes, Beaumont, Barbançon, et le chef-lieu de Chimay; l'autre, à l'ouest, ressortit à Valenciennes, et comprend Ath en partie, Leuze, Condé, Saint-Amand, Crespin, Bouchain, Quesnoy et Solesmes (4). Cette seconde partie est régie, outre les coutumes générales de Hainaut, par les coutumes de la ville, banlieue et le chef-lieu de Valenciennes; la première, par les coutumes du chef-lieu de la ville de Mons et des villes et villages qui y ressortissent, sauf pourtant les coutumes locales de la ville de Binche, les coutumes de la franche ville de Lessines et les coutumes des droits et juridictions appartenant aux majeur et échevins de Chimay, à cause de leur chef-lieu. Il paraît que l'usage était de suppléer les coutumes de Valenciennes par le droit écrit, celles de Mons par les analogies des coutumes voisines (5).

La dernière grande province des Pays-Bas dont nous ayons à nous occuper ici, séparée des précédentes par l'évêché de Liége et autres terres d'Empire, était régie par les coutumes générales des pays et duché de Luxembourg et comté de Chiny. Une partie du Luxembourg, ayant été réunie à la France, fut maintenue par capitulation dans ses priviléges, franchises et louables coutumes. Il fut toutefois fait une rédaction séparée de ces dernières, dont le titre indique suffisamment le territoire : ce sont les coutumes générales de la ville de Thionville et des autres villes et lieux du Luxembourg français, savoir, du bailliage de Carignan, des prévôtés royales de Montmédy, Damvillers, Marville, Chauvançy et autres lieux.

Dans chacune des provinces des Pays-Bas, Flandre, Brabant, Namur, Hainaut, Artois, la justice était rendue en dernier ressort, sous la domination espagnole et autrichienne, par le conseil de la province, sauf le recours au conseil privé du prince. Après la réunion d'une partie des Pays-Bas à la France, l'Artois et la châtellenie flamande de Bourbourg, avec Gravelines et Dunkerque, passèrent sous le parlement de Paris. Le reste de la Flandre française, le Hainaut français, tant de l'ancien ressort de Mons que de celui de Valenciennes, et le Namur français, ressortirent au parlement de Flandre séant à Douai; le Luxembourg français, au parlement de Metz.

Dans le Luxembourg est situé le duché de Bouillon, auquel touche la principauté souveraine de Sedan. Une partie de celle-ci, la seigneurie de Raucourt, s'étend sur la rive gauche de la Meuse, en Champagne; une autre, Jametz, est enclavée entre le Verdunois, le bailliage de Saint-Mihiel et le Luxembourg français. Ces petits territoires indépendants étaient régis, d'une part, par les coutumes du duché de Bouillon; de l'autre, par les coutumes générales des seigneuries de Sédan, Jametz, Raucourt, Florenges, et et autres terres souveraines du duc de Bouillon.

IV. *Terres d'Empire.*

Les terres d'Empire qui intéressent la géographie de la France coutumière, soit comme wallonnes, soit pour avoir été réunies depuis à la France, sont le Cambresis, le pays de

---

châtellenie d'Ypres, de Gand, Ninove, de la salle de Lille; et l'intitulé de la coutume de la ville de Lille. Les coutumes de Desseldonck se réfèrent en premier lieu aux coutumes de la châtellenie d'Auderburgh, et ensuite au droit écrit. L'acte de confirmation des coutumes d'Ostende, Bouchaute, Bailleul, Termonde, Tournay et de la ville de Douai, ne renvoie ni aux coutumes générales de Flandre, ni au droit écrit.

(1) Conclusion des coutumes de Courtray, Renaix, Orchies et la Gorgue.

(2) *V.* pour ses coutumes la Bibl. de Droit de Camus, et les coutumes de Bruxelles, Nivelle et Malines, dans le Coutumier général, t. 1er.

(3) *V.* la conclusion des coutumes de Namur.

(4) *V.* la table des lieux ressortissant aux deux chefs-lieux. (Coutumier général, t. II, p. 198-260.) Pour Chimay, *voy.* l'art. 2 du chap. 1er de sa Coutume.

(5) Coutum. génér., t. II, p. 41, note *a.*

Liége, les Trois-Évêchés (1), la Lorraine avec une partie du Barrois, et l'Alsace.

Les coutumes générales de la cité et duché de Cambrai, pays et comté de Cambrésis, se suppléent par le droit romain, auquel l'acte de leur confirmation se réfère expressément. Leur territoire, enclavé entre la Flandre, le Hainaut, l'Artois et la Picardie, faisait partie du ressort du parlement de Douai.

Les coutumes du pays et principauté de Liége régissent le temporel de l'évêché de ce nom, qui faisait partie du cercle de Westphalie.

Les Trois-Évêchés étaient enclavés presque de toutes parts dans la Lorraine, et ne touchaient que par quelques points à la Champagne et au Luxembourg français. Ils ressortissaient au parlement de Metz, et étaient régis par les cinq coutumes suivantes :

Les coutumes générales de la ville et cité de Metz et pays Messin;

Les coutumes du bailliage (ou temporel) de l'évêché de Metz, avec les municipales (ou locales) de Remberviller, Bacarat et Moyen;

Les coutumes générales de la terre, abbaye et seigneurie souveraine de Gorze, appelées vulgairement le droit Sainte-Gorgone;

Les usages locaux de la ville et bailliage de l'évêché de Toul et pays Toulois (2).

Les coutumes générales de la ville, cité et bailliage de l'évêché et comté de Verdun et pays Verdunois, appelées communément les coutumes et droits de Sainte-Croix (3).

A la cour souveraine de Nancy ressortissait la Lorraine, ainsi qu'une partie du Barrois, appelée le Barrois non mouvant, par opposition à celui qui était mouvant de la France et une sorte d'annexe de la Champagne. Outre la sénéchaussée de Bourmont et la Motte, régie par les coutumes de Bassigny, le Barrois non mouvant se gouvernait par les coutumes du bailliage de Saint-Mihiel, sous lesquelles étaient compris Saint-Mihiel, Briey, Étain, Longuyon, Longwy; Thiancourt, Pont-à-Mousson, Fong, Dun et Stenay.

La Lorraine se composait, à l'époque de la rédaction de ses coutumes, de trois grands bailliages et de quelques autres territoires. Elle était régie par les coutumes générales des trois bailliages de Lorraine, Nancy, Vosges et Allemagne; par les coutumes du petit bailliage d'Epinal, et par les coutumes de la ville et prévôté de Marsal. Dans le bailliage des Vosges, à la frontière d'Alsace, près de Gérardmer, il y avait la petite coutume locale de la commune de la Bresse, rédigée sous le duc Charles III, en 1595 (4).

En terminant, nous nommerons l'Alsace, plutôt que nous ne traiterons des diverses coutumes locales non écrites qui y étaient en vigueur. La loi générale de la province était le droit écrit, modifié par les ordonnances d'Alsace, dont le siége était à Colmar. Strasbourg avait ses franchises et statuts municipaux particuliers.

II.

DE L'ÉVOCATION EN DEGRÉ D'APPEL.

(REVUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE.)

Présenter le résumé de la doctrine et de la jurisprudence sur une partie de notre loi de procédure qui présente de sérieuses difficultés, nous a paru être chose utile, si pas à la science, au moins à la pratique; et c'est surtout sous ce dernier rapport que ce travail semble convenablement placé dans le cadre de notre revue.

(1) *V.* pour les Trois-Évêchés, la Lorraine et le Barrois non mouvant, la carte de Lorraine en six feuilles, par Jaillot.

(2) Autorisés par lettres du 30 septembre 1746, imprimées à Metz, in-12.

(3) Ancienne rédaction non officielle dans le Coutumier général, t. II. Nouvelle rédaction autorisée par lettres patentes du 30 septembre 1746, imprimées à Metz, in-12.

(4) *V.* Bexon, Histoire de Lorraine, et la notice de M. Richard, bibliothécaire de Remiremont dans l'*Écho des Vosges,* 1837.

Nous allons donc retracer sous une forme concise et méthodique les divers principes invoqués dans cette partie du droit.

En matière d'évocation, deux principes semblent tout d'abord se contredire :

Le premier, qui impose au juge d'appel le devoir de faire tout ce qui aurait dû être fait par le premier juge (1);

Le second, par lequel les parties ont droit à un premier degré de juridiction (2).

Longtemps le premier principe a dominé le second ; l'histoire de notre droit de procédure, sous ce rapport, peut être utilement rappelée.

Ancien droit français. — 1° Avant 1579 le juge d'appel qui *infirmait* retenait la connaissance du fond (3).

2° Surviennent l'ordonnance de Blois de 1579, art. 149, et l'ordonnance de 1667, titre VI, art. 2; elles n'autorisent l'évocation, en cas d'infirmation, qu'à la charge de juger *définitivement* en l'audience et sur-le-champ, par un seul et même jugement : alors l'appel était reçu de tous les actes d'instruction (4).

Qu'on ne perde pas de vue qu'il n'était question, pour l'application de ces règles, que des cas d'infirmation de jugements autres que *ceux définitifs* au *fond*, car dans le cas de semblables jugements définitifs, pas plus alors qu'aujourd'hui, il n'y avait matière à évocation, tout le litige étant, *de droit,* dévolu au juge d'appel.

3° *Législation intermédiaire.* — Le décret du 1er mai 1790, la loi du 24 août 1790, consacrent le principe des deux degrés de juridiction.

Merlin établit que par là le législateur ne voulait en rien innover, quant aux règles précédemment admises pour les cas où l'évocation était autorisée.

Carré ajoute ici :

« Quoi qu'il en soit, dans l'application, le » principe de jurisprudence admis dans la » législation intermédiaire fut celui-ci :

» *a*. Il y a lieu à renvoi toutes les fois que » les juges de première instance n'ont pas *dû* » *statuer* sur le fond, ou n'ont *pas été mis en* » *état d'y statuer :* ainsi, pas lieu à évocation » dans le cas de l'incompétence du premier » juge (5).

» *b*. Il y a lieu *à retenir* toutes les fois que » les parties ayant défendu sur le fond, les pre- » miers juges ont été *mis en état de la juger* » (ajoutons et de la juger *valablement*). Ainsi on retenait dans les cas d'annulation pour vice de forme, dans le cas de composition illégale du tribunal, dans le cas d'un simple incident jugé (6).

Ces deux déductions de la jurisprudence étaient fondées, comme le remarque Carré, la première sur le principe fondamental des deux degrés de juridiction ; la seconde sur la règle que les juges d'appel *doivent* faire ce que le premier juge n'a pas fait et aurait dû faire ; sur la règle que le juge d'appel, *en le réformant*, se *substitue* au premier juge (7).

Dans cette législation intermédiaire on n'avait pas à s'occuper de l'appel des jugements

---

(1) Merlin, Quest. de droit, vo *Appel,* § XIV, 1re édit. in-8o, p. 1, 2 et 3 ; Carré, sur l'art. 473, quest. 1701.

(2) Merlin, *ut suprà*.

(3) Merlin, *ut suprà*, p. 2.

(4) Merlin (p. 2, *ut suprà*) analyse en ces termes l'esprit de ces dispositions : « Elles avaient dit aux » tribunaux d'appel : Lorsque vous infirmerez un ju- » gement de première instance, ou vous vous trouve- » rez suffisamment éclairés pour juger définitivement » le fond, ou vous aurez besoin pour le faire d'une » instruction ultérieure : au premier cas, vous pourrez » statuer vous-mêmes, *parce que vous déciderez* » *par là que le premier degré de juridiction a été* » *dûment épuisé*. Mais par la raison contraire vous » ne le pourrez pas au second. » Merlin, en donnant cette *raison* du premier degré *épuisé* au premier cas, cherche à poser le principe de plusieurs de ses solutions sur la matière ; mais, évidemment, il est ici à côté de la vérité ; car, *en fait* et *relativement au fond,* le premier degré n'a pas été épuisé. Là n'est point la véritable explication de la convenance qu'il y avait à autoriser l'évocation. En parlant bientôt des *jugements interlocutoires*, et c'est d'eux seuls qu'il s'agit ici, nous dirons le véritable esprit de la loi.

En vain Merlin ajoute-t-il pour compléter sa pensée : « Et encore, dans le premier cas, faudra-t-il que vous » statuïez sur le fond par le même jugement qui infir- » mera celui de première instance : car si vous n'y » statuïez que par un jugement séparé et postérieur, » vous prouveriez par là même que le tribunal de » première instance *n'était pas encore, au moment* » *où il a prononcé, en état de statuer définitive-* » *ment ;* vous prouveriez par conséquent que le pre- » mier degré de juridiction n'a pas été suffisamment » rempli !..... »

Nous ne pouvons admettre cette conséquence : de ce que le premier juge était en état de *prononcer,* il ne s'ensuivrait pas qu'il y aurait eu, *par cela seul, épuisement* du 1er degré ; c'est ici le cas de répéter que du possible au fait la distance est immense. — Nous devrons revenir sur cette observation.

(5) Cass., 12 prair. an VIII, Sirey, 1801 p. 246.
27 fruct. an XI. 1803 378.
7 frim. an XIII. 1805-2-476.

17-26 vend. an VIII. — 13 niv. an IX. — 23 germinal, 21 floréal an X. — 20 vend., 20 frim., 2 vent., et 28 flor. an XI. — 14 mess. et 6 therm. an XIII. En sens contraire, 21 brum., 11 vent. an X, et 6 brum. an XIII.

(6) Carré, Lois de proc., quest. 1702 ; édit. in-8o, p. 470.

(7) Carré justifie la seconde déduction de la jurisprudence, en disant qu'on eût violé le principe des

préparatoires ou interlocutoires, appel qui était interdit par la loi du 3 brumaire an II. La question n'a pu s'agiter quant *à eux* que jusqu'à cette époque.

Il reste cependant vrai de dire que les lois de 1790, par l'établissement du principe des deux degrés de juridiction, n'avaient pu comme le remarque Merlin, enlever au juge d'appel *son devoir* et son *droit* de juger et la *forme* et le *fond*.

C'est sous l'empire de cette législation, c'est en présence de l'interprétation que lui avait donnée la jurisprudence, que les auteurs du Code de procédure se trouvèrent amenés à réglementer cette importante matière.

Ils rédigèrent ainsi l'article 473 :

« Lorsqu'il y aura appel d'un jugement *interlocutoire*, si le jugement est infirmé et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, les cours et autres tribunaux d'appel *pourront* statuer en même temps sur le fond définivement par un seul et même jugement.

» Il en sera de même dans le cas où les cours et autres tribunaux d'appel infirmeraient, soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause, des jugements définitifs. »

Comme on le remarque à la lecture seule de la disposition, la pensée du législateur s'est d'abord arrêtée au cas d'infirmation de jugements interlocutoires; et le principe posé quant à eux lui a paru ensuite pouvoir s'étendre, sans inconvénient, à certains cas où il s'agirait d'infirmation de jugements définitifs. Pour suivre un plan méthodique, il faut donc distinguer ce que la loi a soumis elle-même à une distinction.

Mais auparavant il est quelques règles *communes* à toute la matière de l'évocation, et à ce titre elles doivent ici trouver leur place.

RÈGLES COMMUNES A TOUTE LA MATIÈRE.

Première règle. — L'évocation, quand elle est permise, est *facultative* pour le juge qui, soit qu'il infirme un jugement interlocutoire, soit qu'il infirme un jugement définitif, *peut* renvoyer devant d'autres juges (1).

Deuxième règle. — Le principe des deux degrés de juridiction n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent renoncer au 1er degré : dans ce cas l'*évocation* qui, sans cette condition eût été interdite, se trouve par là autorisée (2).

Mais l'on ne peut être forcé à perdre le bénéfice du 1er degré contre son gré; ainsi la partie qui n'a été intimée que sur l'appel peut réclamer ce bénéfice; il y a lieu d'appliquer ici les principes en matière d'intervention. (S., 1837, 2, 334.)

Ce consentement des parties résulte tacitement, mais virtuellement, de faits qui supposent ce consentement : ainsi la partie qui, après l'arrêt qui retient la cause, non en état d'être jugée, a conclu au fond sans protestation, ne peut ensuite se faire un moyen de cassation de la violation de la règle des deux degrés de juridiction; elle y a renoncé par son fait. (S., 1834, 1, 250; 1834, 1, 421.)

Troisième règle. — Le tribunal devant lequel une affaire a été renvoyée, après cassation, a les mêmes pouvoirs que celui dont le jugement a été cassé (3).

Quatrième règle. — L'évocation ne peut avoir lieu lorsque la contestation est de nature à être jugée en dernier ressort par le tribunal de première instance.

Les motifs d'ordre public qui ont fait déclarer les juges d'appel incompétents pour statuer sur des contestations de cette espèce, s'opposent à ce qu'ils puissent en connaître à l'aide de l'évocation (4).

Cinquième règle. — Les juges d'appel ayant la mission de faire ce que le premier juge eût dû faire, il n'y a lieu à évocation que quand les premiers juges ont été mis en état de juger la contestation; il n'y a donc pas lieu à évocation toutes les fois que les premiers juges se sont trouvés dans l'impossibilité de juger le fond. Par exemple :

---

deux degrés de juridiction, en en faisant parcourir plus de deux; ce qui ne serait exact que dans le cas où le procès eût été *définitivement jugé en première instance*. En effet si le premier juge s'était borné à statuer sur une *exception* ou un *incident*, on ne pourrait prétendre que par là le premier degré aurait été épuisé.

(1) Merlin, Quest. de droit, vo *Appel*, § XIV; édit. in-8o, p. 14, col. 1re, no 5; 22 mai 1824, C. de Metz Pelte contre Simon; Dalloz, tome VIII, in-8o, p. 36; 28 nov. 1832, Cour de Br., Charlet Dautreppe contre Fénœil.

(2) Cass., 16 juin 1819; S., 1820, 1, 109.
Poitiers, 2 avril 1830; S., 1830, 2, 246.
Cass., 1 juill. 1818; S., 1819, 1, 33.
Cass., 8 août 1818; S., 1819, 1, 258.
S., 1837, 1, 645.
Contrà. Merlin, Quest. de droit, vo *Appel*, § XIV, no 22, édit. in-8o p. 77.

(3) Cass., 4 déc. 1827; S., 1828, 1, 206.

(4) Cass., 22 juin 1812; S., 1812, 1, 368.
Poitiers, 29 juill. 1824; S., 1826, 2, 69.
Paris, 26 août 1825; S., 1826, 2, 44.
Lyon, 21 juin 1826; S., 1827, 2, 236.
Douai, 14 fév. 1827; S., 1828, 2, 79.
Contrà, Lyon, 8 août 1827; S., 1827, 2, 258.

A. Lorsqu'il n'y a eu aucune défense au fond et que le jugement a statué uniquement sur une demande en nullité d'exploit formée par le défendeur (Cass., 9 octobre 1811; S., 1812, 1, 15);

B. Lorsque la contestation a porté principalement sur le point de savoir si le désaveu formé par une des parties était fondé (Cass., 1er fév. 1820; S., 1820, 1, 346);

C. Ou si les premiers juges ont statué sur une question préalable qu'ils ne pouvaient joindre au principal. (Cass., 29 nov. an x, 6 janv. 1810. Bioche et Goujet, v° *Appel*, n° 287.)

PREMIÈRE DIVISION.

DU CAS D'INFIRMATION DES JUGEMENTS INTERLOCUTOIRES.

La disposition de l'article 473 n'était pas comprise dans le projet soumis au tribunat; c'est sur les observations de ce corps qu'elle a été introduite dans notre code.

« En général, disait la commission du tribunat, lorsqu'un tribunal inférieur aura rendu un jugement préparatoire ou interlocutoire, ce ne sera qu'en examinant la cause au fond : ce qui suppose que la cause aurait pu recevoir une décision définitive, si les premiers juges ne s'étaient crus forcés à chercher de nouveaux éclaircissements.

» Si donc la justice exige que le jugement préparatoire ou interlocutoire soit infirmé, pourquoi le tribunal d'appel ne jugerait-il pas lui-même le fond? L'ordre constitutionnel établit deux degrés de juridiction, mais ne suffit-il pas que les parties *les aient parcourus?* Si le tribunal inférieur qui devait juger le fond ne l'a pas fait, serait-il juste que les parties fussent obligées de retourner devant les juges inférieurs, pour parcourir encore une fois le cercle des deux juridictions?

» Au reste il ne s'agit pas de faire une loi au tribunal d'appel de juger le fond dans tous les cas où il infirme un jugement préparatoire ou interlocutoire : il s'agit seulement de lui en laisser *la faculté;* et il ne pourra en user qu'autant qu'il jugera le tout définitivement et sur-le-champ par un seul et même jugement. »

Nous ne trouvons rien de plus dans les discours des orateurs du gouvernement, et il n'existe aucune trace des discussions qu'aurait provoquées la proposition du tribunat.

Puisque les auteurs de cette proposition laissaient au juge d'appel la *faculté* de *retenir* à charge de juger sur-le-champ, ou de *renvoyer,* il est par cela même démontré que le premier degré n'avait pas été en *réalité épuisé,* et que la règle des deux degrés n'était pas *constitutionnelle,* en ce sens qu'on ne pouvait y déroger; il y avait, ce nous semble, des motifs plus réels pour justifier la convenance de la disposition.

Un tribunal du premier degré rend, avant faire droit, un *jugement* interlocutoire, dont appel est relevé; le juge d'appel le regarde comme *frustratoire,* parce que le *fond* du procès lui paraît de nature à être *définitivement* décidé : comment justifiera-t-il que ce jugement était *inutilement* porté? en prouvant dans ses motifs (car tout jugement doit être motivé) que l'on pouvait juger le fond : mais comment motiver un semblable jugement, sans *indiquer* presque toujours la solution même? Ainsi le juge d'appel, s'il eût renvoyé devant un autre juge inférieur, lui aurait presque toujours *dicté* le jugement qu'il aurait à rendre *au fond :* or, cela posé, ne valait-il pas cent fois mieux que le juge d'appel jugeât tout d'un coup, au lieu d'*annoncer* simplement le jugement qu'il porterait, selon toute probabilité, dans le cas où l'appel du second jugement du premier degré lui serait déféré? En pareil cas, qui ne voit que l'épuisement du premier degré n'aurait été, la plupart du temps, qu'un vain simulacre; et puisque l'on se trouvait dans cette condition, mieux valait, sans contredit, *porter atteinte* au principe des deux degrés de juridiction que d'exposer les parties à des lenteurs, à des frais inutiles, dans la seule vue d'un prétendu respect pour une règle que l'on eût réellement faussée.

Envisagée sous ce point de vue, la première partie de l'article 473 nous semble de toute raison et de toute équité; mais pour rester dans le vrai, il faut avouer qu'il fait exception au principe des deux degrés de juridiction; car il ne suffit pas qu'une question ait été soumise à un juge, il faut que le juge ait prononcé sur cette question; autrement il n'y a pas là de juridiction épuisée; il n'y a pas là de première épreuve. Il y a là, quoi qu'on puisse dire, transaction avec le principe; mais transaction, ici, pleinement justifiée (1).

Nous n'en dirons pas davantage sur l'es-

(1) « Dans ce cas, le principe des deux degrés se » trouve *au moins* modifié dans son application;

prit de la disposition. En ce qui touche aux jugements interlocutoires, des difficultés peu sérieuses en ont surgi ; nous réduisons en *règles* les solutions résultat de ces difficultés, nées surtout de *l'obligation* de statuer en même temps et sur le jugement interlocutoire qu'on *infirme*, et sur le *fond définitivement*.

Première règle. — La disposition de l'article 473 n'est pas applicable au cas où le jugement est à la fois interlocutoire et définitif : le juge d'appel, étant *alors* saisi du tout, en deuxième degré, n'a pas l'obligation de prononcer par un seul et même jugement sur l'interlocutoire et sur le fond (1).

Deuxième règle. — Pour que le juge d'appel soit autorisé à évoquer, toujours à charge de faire droit par un seul et même jugement, il faut que le contrat judiciaire ait été engagé en première instance, qu'on y ait conclu au fond ; mais alors il n'est pas nécessaire que les parties aient conclu au fond en degré d'appel (2).

Troisième règle. — De l'obligation, pour le juge qui évoque, de juger au *fond* par le même jugement, on conclut que lorsqu'un jugement interlocutoire est infirmé par un arrêt qui ordonne lui-même un nouvel interlocutoire, le tribunal d'appel ne peut retenir *le fond,* pour y faire droit par un jugement séparé (3).

Quatrième règle. — *Cependant* le tribunal d'appel, avant de prononcer sur un jugement interlocutoire qui lui est *déféré*, peut *interloquer* lui-même sur un autre point, avant de statuer sur le premier jugement interlocutoire dont appel, sauf à y statuer *en évoquant*, s'il y a lieu, par suite de la preuve nouvellement acquise, et prononçant ainsi par un seul jugement (4). (*Cette règle est commune à tous les cas d'évocation.*)

Cinquième règle. — La disposition de l'article 473 est également applicable au cas où le jugement interlocutoire serait annulé pour vice de forme (5).

SECONDE DIVISION.

DU CAS D'ANNULATION ET D'INFIRMATION DE JUGEMENTS *définitifs*.

CHAP. I[er].

Du cas où le premier juge n'a statué que sur un incident *ou une* nullité *sans examiner le fond.*

Règle générale. — Le tribunal peut évoquer, mais à charge de statuer au fond par un seul et même jugement (6).

Ainsi les juges d'appel peuvent, en infirmant un jugement qui a sursis à prononcer jusqu'à une époque déterminée (lorsque

---

» puisque dans la rigueur il ne serait *réellement* » *rempli que par une décision intervenue sur le* » *fond.* » Carré, sur l'art. 473 ; quest. 1702 *in fine*, p. 473 ; édit. in-8°.

(1) Sirey, 1833, 1, 638.
1833, 1, 751.
1836, 1, 55.

(2) Cass. fr., 1er fév. 1820 ; S., 1820, 1, 346.
Cass., 8 déc. 1813.
Merlin, Quest. de droit, v° *Appel*, § XIV, n° 3, p. 5, édit. in-8°.

Cette règle nous paraît être la conséquence du principe que le juge d'appel, *se substituant* au juge d'instance, ne peut faire que ce que celui-ci pouvait faire lui-même, mais peut faire aussi, tout ce que celui-ci pouvait et devait faire. « Il est évident, dit Carré (note 1re, art. 473 ; quest. 1702, p. 472), que si la cause se trouvait dans un état tel que le tribunal de première instance n'eût encore pu lui-même prononcer sur le fond, il est évident que le juge d'appel ne le pourrait d'avantage. » *V.* ce qui a été dit précédemment, p. 35. (*Cinquième Règle.*)

(3) Cass., 12 nov. 1816, 18 juin 1817, 22 mars 1821 ; Merlin, Quest. de droit, v° *Appel*, § XIV, art. 1er, n° 2, édit. in-8°, p. 4.

(4) Cass. fr, 22 déc. 1824 ; Merlin, Quest. de droit, v° *Appel*, § XVI. art. 1er, n° 3, 3°, p. 7, édit. in-8°. Analogues, 4 janv. 1820 ; Cass. fr., Merlin, Quest. de droit, v° *Appel*, § XIV, p. 19, in-8°, col. 2 ; Répert, v° *Motifs des jugements*, n° 13. Bioche et Goujet, v° *Appel*, § IX, n° 291, 8 juill. 1835 ; Cass. de Belg., 1836, p. 137.

(5) Dalloz, v° *Degré de juridiction*, t. VIII, in-8°, p. 360, n° 9, enseigne que la première disposition de l'article ne semble pas prévoir ce cas d'annulation ; mais l'article ne contient rien qui exclue cette application au cas supposé, et son esprit nous paraît devoir faire trancher le doute dans un sens contraire à l'opinion de cet auteur.

(6) Cass., 9 oct. 1811 ; Mens contre Lousberg ; Dalloz, t. VIII, in-8° p. 372 ; 18 juin 1817, Desqueux contre la dame Duchatelet, p. 373 ; 18 nov. 1834 ; Sirey, 1835, 1, 596. On peut invoquer ici encore le principe que les juges d'appel étant institués pour réparer l'injustice des décisions rendues en première instance, peuvent en conséquence prononcer sur toutes les demandes présentées devant le juge inférieur, lorsque celui-ci n'y a pas statué ou qu'il y a statué irrégulièrement ; car dans l'un et l'autre cas, il n'a pas été donné une décision juste sur le fond de la cause. En d'autres termes, le juge d'appel est institué pour *faire* ce qu'aurait dû faire le premier juge. (Berriat St.-Prix, Bioche et Goujet, v° *Appel*, sect. IX, n° 279.)

le jugement ne peut être considéré comme simplement préparatoire et est ainsi sujet à l'appel), évoquer et juger le fond, si la matière est disposée (1).

CHAP. II.

Du cas d'annulation et d'infirmation de jugements définitifs au fond (2).

C'est en abordant cette matière que l'on est tout d'abord frappé du *vice* de rédaction de la seconde disposition de l'article 473. Le tribunat voulait *étendre* et non *restreindre* le pouvoir du juge d'appel, et cela est si vrai qu'à l'occasion des jugements interlocutoires il avait *étendu* ce pouvoir au mepris de la règle des deux degrés de juridiction. On ne peut donc lui prêter la pensée d'avoir voulu amoindrir les conséquences du principe que l'appel est *dévolutif*. Et cependant, après avoir créé le droit d'évocation dans la première partie de l'article, et cela à charge d'un jugement *simultané* sur le *fond*, il s'occupe des jugements définitifs pour dire :

« Il en sera de même dans les cas où les cours royales ou autres tribunaux d'appel infirmeraient, soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause, des jugements définitifs (3) : »

On eût conçu l'identité de décision pour les jugements interlocutoires et définitifs, si sous ce mot *définitifs* on eût compris les jugements *provisionnels* ou *incidentels*, qui n'épuisaient pas la juridiction du premier juge. Mais d'après la *généralité* des termes, même d'après les explications du tribunat et de l'orateur du gouvernement, on avait là en vue le jugement qui avait mis fin au procès.

Qu'est-il arrivé alors? on a cru pendant un certain temps devoir exécuter *à la lettre* cette disposition, en imposant au juge d'appel l'obligation d'une décision *simultanée*, encore bien que le premier juge eût été complétement *dessaisi* (4).

Mais on n'a pas pas tardé à en revenir au principe général sur la mission du juge d'appel.

Règle générale. Il n'y a pas matière à évocation, toutes les fois que le procès a été, devant les premiers juges, entièrement et définitivement jugé au fond : le premier degré étant épuisé, aucune litispendance ne subsiste plus devant eux.

Dans ce cas, le tribunal d'appel peut ordonner toute voie d'instruction, et peu importe qu'il infirme le jugement de première instance avant ou après le résultat de cette instruction : ici ne s'applique pas l'article 473, qui ne doit point être *littéralement* entendu (5), et ne s'applique qu'au cas où les cours et autres tribunaux d'appel *infirment* ou *annulent* un jugement *définitif*, mais qui ne statue pas sur le fond (6), ou qui, s'il est définitif sur le fond, est nul dans la *forme* ou *incompétemment* rendu (7).

Pour défendre, sans doute, le législateur contre le reproche d'un vice de rédaction, on a fait ici une distinction entre le cas de *réformation* et celui d'*infirmation* (voir les autorités citées dans le Dictionnaire de Bioche et Goujet, v° *Appel*, sect. IX, n° 292). Mais cette argumentation toute littérale n'a pas plus de valeur que celle employée à l'occasion du cas d'*annulation* et d'infirmation : on s'en convaincra en remarquant que le tribunat (dont nous rappelons les paroles ci-dessous, note 3,) se sert précisément du mot de

(1) Lyon, 24 janv. 1828; Sirey, 1828, 2, 237.

(2) Observation. Les jugements *provisoires* sont ici considérés comme *définitifs*. Ce dernier mot dans l'art. 473 forme opposition aux jugements *interlocutoires*. (Merlin. Quest. de droit, v° *Appel*, § XIV, Édit. in-8°, n° 15.)

(3) 3° « Ce qu'on a dit du cas où le tribunal d'appel infirme un jugement préparatoire ou interlocutoire, s'applique à plus forte raison au cas où le tribunal d'appel réforme, pour vice de forme ou toute autre cause, *le jugement de première instance*. » — Motifs du tribunat. « Il en doit être ainsi, et à plus forte raison, lorsque des jugements d'appel infirment des jugements définitifs, soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause, *et que la matière est réellement disposée à recevoir une décision définitive*, puisque dans ce cas, les premiers juges ayant prononcé sur le fond, *déjà deux degrés de juridiction ont été remplis*. » — Discours de Bigot-Préameneu.

(4) 22 mars 1821; S., 1821, 1, 246; 18 avril 1823.

(5) Merlin, Quest. de droit, v° *Appel*, § XIV, édit. in-8°, p. 20, 21, 22 et 23.

Cass., 26 avril 1825; Guibert contre Imbert.
15 déc. 1825; Blanc contre Mathieu.
16 juill. 1822; Naude Marracou contre Bataille; Dalloz, t. VIII, p. 371, in-8°.
28 avril 1818; Gay et Guindron § Paulhot, *id*. p. 373.
Brux., 12 fév. 1812; Schœder contre D., *ib*. p. 375.
18 juill. 1833; Cass. fr., Sirey, 1833, 1, 628.
21 mai 1833; Cass. fr., *id*. 1833, 1, 751.

(6) Arrêt du 5 fév. 1825; C. de cass. fr., Merlin, *loc. cit*. p. 21, col. 2, et p. 40.

Merlin range ici sur la même ligne les cas d'*annulation* et d'*infirmation*. Voir ce qui est dit ci-après, p. 39, n° 30.

(7) Cette dernière explication est la conséquence de ce qui sera dit ci-après de l'état de la jurisprudence, quant aux jugements *nuls* ou *incompétemment rendus*.

réformation en parlant des cas où l'article 473 devait recevoir son application.

En conséquence, lorsque les juges de première instance ont jugé au fond *prématurément*, le tribunal d'appel *saisi du fond,* peut, en prononçant sur une partie de la contestation, *interloquer* sur une autre partie (1).

2° Il en est de même lorsqu'un jugement définitif de première instance est *infirmé*, sur le fondement qu'il a été rendu contre une partie qui avait bien qualité pour agir ou défendre, mais qui ne l'avait que moyennant l'assistance d'un tiers, lequel n'est intervenu qu'en cause d'appel (2).

3° Il n'y a pas de différence à faire entre le cas où il y a *annulation* et celui où il y a infirmation d'un jugement définitif (3) : ainsi, lorsqu'un jugement est annulé *pour vice de forme* (par exemple, pour composition illégale du tribunal, non-audition du ministère public), le tribunal d'appel peut statuer sur le fond (4).

Observation. — Mais dans ce cas y a-t-il obligation pour le juge d'appel qui *annule* ou *infirme* de statuer au fond par un seul et même jugement? n'est-il pas saisi de tout le litige, comme dans le cas de la règle générale ci-dessus? et ne peut-il en conséquence, *après* avoir annulé, *interloquer* avant de statuer définivement?

Merlin n'examine pas la question; elle n'a pas été soulevée dans la jurisprudence. Tous les arrêts cités ont *évoqué* en faisant droit *au fond* en même temps; les cours s'y sont-elles crues obligées? l'affirmative paraît certaine.

Invoquera-t-on ici comme décisive la lettre de l'article 473? Mais on n'en a tenu compte pour adopter et consacrer le principe du pouvoir du juge d'appel en cas d'infirmation des jugements *définitifs au fond.*

On s'est laissé déterminer, au contraire, par les principes généraux sur les *pouvoirs* du juge d'appel.

Or, bien que le jugement soit *nul*, le premier juge n'en a pas moins épuisé sa juridiction; sous ce rapport, il y a *épuisement* du premier degré; où serait donc la matière d'une *évocation* réelle dans ce cas, plutôt que dans celui d'une *infirmation* non pour vice de *forme*, mais pour le *fond?*

« Le but de la loi, dit-on (et c'est la Cour » de cassation qui le dit) (5), est de ne pas » multiplier les procès et de ne pas exposer » les parties à des longueurs et à des frais qui » ne seraient que le résultat des irrégularités » que les premiers juges pourraient avoir » commises dans leurs jugements. » Mais si le jugement est *annulé* et que la matière ne soit pas disposée à recevoir une solution instantanée, pourquoi *contraindre* les parties à subir une nouvelle épreuve du premier degré, quand le juge d'appel pouvait l'éviter en retenant la cause?

Il faudrait donc s'attacher ici plus à la *lettre* qu'à l'*esprit* pour ne point raisonner comme on le faisait à l'occasion des jugements définitifs infirmés pour des motifs puisés non dans *la forme*, mais dans le fond du droit; et, encore une fois, pourquoi la différence, puisque déjà avant le Code de procédure on considérait le premier degré comme *parcouru* et *épuisé,* alors même que l'instance se terminait par un jugement entaché de nullité (6)? Faudrait-il conclure de tout ceci, qu'ici le législateur ne s'est pas trop compris? et n'est-ce pas, en tout cas, un avis pour le législateur à venir?

---

(1) Cass., 5 fév. 1825; Prestat contre Ribouleau. Merlin, Quest. de droit, v° *Appel,* § XIV, édit. in-8°, p. 19, col. 2.

(2) Cass., 21 juin 1825; Ouvrard contre Seguin, Quest. de droit, v° *Appel,* § XIV, art. 1er, n° 4, 4°, p. 10, édit. in-8°.

« Si le *tiers*, dont l'assistance était requise pour valider l'action, n'était pas intervenu, il n'y aurait pas eu lieu à évocation dans le cas d'infirmation par le tribunal d'appel, de la décision qui aurait accueilli la demande. » (Journ. des avoués, t. XII, v° *Évocation*, p. 574.)

Mais s'agit-il ici réellement d'un cas d'évocation? En réformant le jugement qui accueille une demande intentée par un incapable, vous déclarez que cet incapable ne peut former cette demande; tout est alors jugé, tout est décidé par une fin de non-*recevoir;* il y aurait contradiction à admettre cette fin de non-recevoir contre la demande, et à *recevoir* cependant la demande pour la juger. — Il en est de ce cas comme de celui où une cour infirmerait un jugement qui aurait refusé d'admettre une nullité d'exploit. — (Journ. des avoués, Carré, Berriat de St.-Prix.) — Et encore, comme dans le cas où, en première instance, un tribunal ayant accueilli une action contre un avocat, la cour annulerait le jugement pour n'avoir pas été précédé de l'avis du bâtonnier. — (Cour de Grenoble.)

(3) Merlin, Quest. de droit, v° *Appel,* § XIV, édit. in-8°, p. 9, n° 4, 2°.

Cass., 27 juill. 1829; S., 1829, 1, 370.

(4) 4 oct. 1808; Hérit. Connau contre Simonet, Merlin *ut suprà.*

Aix, 16 nov. 1824; Sirey, 1825, 2, 306.

Colmar, 25 avril 1825; Sirey, 1825, 2, 363.

Id. 21 avril 1825; Sirey, 1825, 2, 363.

Cass. req. 13 juin 1815; Aubé contre de Polignac; Dalloz, t. VIII, p. 363; Sirey, 1837, 1, 159.

Cass., 28 fév. 1828; Sirey, 1828, 1, 190.

Riom, 31 janv. 1828; Sirey, 1828, 2, 251.

En sens contraire :

Riom, 20 août 1825; Sirey, 1826, 2, 113.

Montpellier, 22 mars 1824; Sirey, 1824, 2, 209.

(5) Sirey, 1837, 1, 159.

(6) 30 ventôse an XI, arrêt de Cass., cité par Merlin, Quest. de droit, v° *Appel,* § XIV, p. 9, n° 4, 2°.

CHAP. III.

Du cas où la compétence du premier juge a été ou est mise en question.

—

RÈGLES COMMUNES A LA MATIÈRE.

En admettant en général, qu'en annulant les jugements par lesquels il a été statué sur la compétence, le juge d'appel aurait le pouvoir d'évoquer, encore serait-il des cas où cette faculté lui serait ravie. En effet, ici, comme en toute autre matière d'évocation, pour que le juge d'appel puisse *évoquer*, il faut qu'il puisse se *substituer lui-même compétemment* au premier juge (1), et faire ce qu'il aurait dû faire dans les termes de cette substitution ; car le juge d'appel, en principe, se met au lieu et place du juge du premier degré ; nous avons déjà vu ci-dessus, p. 35, 5e règle, les conséquences de ce principe ; en voici de nouvelles.

Première conséquence. — Lorsque le tribunal d'appel n'est pas le *juge supérieur* du tribunal devant lequel l'affaire aurait dû être portée, il ne peut évoquer en *infirmant* pour cause d'incompétence *ratione materiæ*, le jugement *à quo* (2).

Deuxième conséquence. — Il ne peut y avoir lieu à évocation, lorsque le tribunal qui s'est à tort déclaré incompétent, devait connaître de l'affaire en premier et dernier ressort (3). Nous répétons ici ce principe commun à toute la matière de l'évocation.

Troisième conséquence. — Lorsque le tribunal d'appel est à la fois le juge supérieur et du tribunal qui aurait dû connaître de l'affaire en première instance, et du tribunal qui s'est mal à propos déclaré compétent, il peut, s'il y a eu conclusions au fond devant lui, évoquer et statuer au fond par le même jugement, si le premier juge, rejetant le déclinatoire, s'est borné à se déclarer compétent (4).

Le tribunal le pourrait encore, et aux mêmes conditions, s'il était précisément le tribunal qui devait connaître de l'affaire en premier et dernier ressort (5).

Si le tribunal d'appel qui infirme le jugement sur la compétence se trouve être le juge compétent du premier degré, il retient la cause pour la juger, mais aussi à charge d'appel ; alors il ne statue que comme juge de première instance (6).

SECTION PREMIÈRE.

DES CAS OU LA QUESTION DE COMPÉTENCE A SEULE ÉTÉ JUGÉE.

§ I.

Du cas où le premier juge s'est à tort déclaré incompétent, *quand sa décision est sous ce rapport infirmée par le juge d'appel.*

Il est alors décidé que le tribunal devait juger.

Dans ce cas le tribunal d'appel qui *infirme* peut évoquer le fond à la charge de faire droit par un seul et même jugement, tant sur le fond que sur le mérite du jugement *à quo* (7), si des conclusions au fond ont été

---

(1) Scaccia dans Merlin, Quest. de droit, in-8o, vo *Appel*, § XIV, p. 36, col. 2.

(2) Merlin, Quest. de droit, vo *Appel*, § XIV, article 1er, no 10, édit. in-8o, p. 37, no 1er, p. 46, no 11. Sirey, 1833. 2, 43.

(3) Paris, 26 août 1825 ; Sirey, 1826, 2, 44.
Poitiers, 29 juill. 1824 ; id. 2, 69.
Lyon, 21 juin 1826 ; 1827, 2. 256.
Douai, 14 févr. 1827 ; 1828. 2. 79.
Contrà, Lyon, 8 août 1827 ; S., 1827. 2, 258.
Nimes, 31 juill. 1832 ; S., 1832. 2. 423.

(4) Merlin, Quest. de droit, vo *Appel*. in-8o, p. 46, no 10. et p. 36, no 10 ; Cass., 2 février 1824 ; Nancy, 20 déc. 1825 ; Sirey, 1826, 2, 185.

(5) Merlin, *ut suprà*, p. 36, no 10 ; p. 46, no 11. Cette proposition n'est pas la conséquence du principe général posé en tête de cette section : par l'appel, le tribunal compétent s'est ici trouvé valablement saisi.

(6) Merlin, Quest. de droit, vo *Appel*, § XIV, édit. in-8o, p. 37, col. 2, no 10. *Contrà*, Devilleneuve, Sirey, 1836, 1, 786. Par là, dit-il, les parties seraient soustraites au préliminaire de la conciliation ; il cite l'opinion dans son sens de Henrion de Pansey.

(7) Nous disons, avec Henrion de Pansey, qu'on peut ici appliquer le principe, « que le juge d'appel ne peut évoquer que dans les circonstances où le juge inférieur aurait pu juger, ou que le tribunal d'appel ne peut faire par la voie de l'évocation, que ce que le tribunal de première instance aurait pu et dû faire lui-même, *non fecit quod potuit, et quod idcirco judex appellationis facere potest.* En d'autres termes, le juge d'appel se substitue au juge du premier degré pour faire ce que celui-ci devait faire. Mais nous ne dirons pas, avec ce savant auteur, que cette règle dérive des mots de l'article 473, *si la matière est disposée à recevoir un jugement définitif ;* sur ce point il a été complétement réfuté par Merlin, (t. II, in-8o, Quest. de droit, vo *Appel*, p. 34, col. 1re). Nous nous bornerons à dire que cette règle dérive de la mission et des droits du juge d'appel, du caractère *dévolutif* de l'appel.

De Villeneuve (Sirey, 1836, 1, 786), dit ici : « Si le

prises en première instance ou tout au moins en degré d'appel (1).

§ II.

Du cas où le premier juge s'est à tort déclaré compétent, *sans statuer au fond.*

Il est alors jugé par le jugement qui *annule*, que le juge *a quo* était *incompétent.*

On admet en *jurisprudence* que l'évocation est autorisée (2). Si le tribunal s'est à tort déclaré compétent, pour ne statuer que sur la compétence, ou sur un incident, il y a pour le juge d'appel l'obligation de décider au fond et sur la compétence par un seul jugement, ce qui suppose que le premier juge a été lui-même mis à même de statuer au fond. Voir ce qui a été dit ci-dessus ch. I, p. 37.

SECTION II.

DU CAS OU UNE PARTIE DU FOND OU TOUT LE FOND A ÉTÉ INCOMPÉTEMMENT JUGÉ.

Lorsqu'un tribunal s'est à tort déclaré *compétent*, mais n'a jugé qu'un *incident* ou une fin de *non-recevoir*, le tribunal d'appel qui infirme peut évoquer, mais à charge de statuer par un seul et même jugement (3).

Lorsqu'un tribunal s'est *à tort* déclaré compétent et a jugé une *partie du fond*, le tribunal d'appel, en déclarant l'incompétence, peut prononcer au fond *par un même jugement* (4). Il en est ainsi *à fortiori*, si tout le fond a été jugé en première instance (5).

Lorsque la cour d'appel ayant dans son ressort et le tribunal qui a prononcé *incompétemment* et le tribunal compétent, il se trouve que l'incompétence du premier ne dérive pas seulement de la nature de la contestation, mais encore de ce que l'affaire est engagée soit devant le second, soit devant des arbitres volontaires à qui les parties l'ont soumise par un compromis, la cour, en annulant le jugement incompétemment rendu, peut évoquer, mais à charge de statuer par un seul et même arrêt, si devant elle il y a eu plaidoierie au fond (6).

Observations sur les solutions données ici et dans le § II qui précède.

Des doutes bien légitimes s'élèvent sur le mérite de la jurisprudence, qui admet l'évocation dans le cas où le premier jugement est annulé pour avoir été *incompétemment* rendu.

Nous n'insisterons pas sur la distinction faite par M. Berriat Saint-Prix entre un jugement annulé et infirmé : Merlin s'est chargé de la refutation de cette argumentation.

Mais nous dirons à notre tour que c'est sur une interprétation *toute littérale* que s'appuie la jurisprudence attestée par de si nombreux éléments.

En effet on invoque ces expressions de l'article 473 : « Il en sera de même dans les cas où les cours royales infirmeraient, soit pour

---

premier juge s'est mal à propos déclaré incompétent, il n'est pas impossible de concevoir encore que, malgré le jugement par lequel il refuse de juger, le fond de la cause ait pu recevoir devant lui un commencement d'instruction tel que les juges d'appel se trouvent autorisés à évoquer la cause et à la juger définitivement. » Il faut au moins convenir que le premier degré n'aura pas là été épuisé. On viole donc ici la règle des deux degrés de juridiction, ce qui a lieu dans presque tous les cas d'évocation; mais en violant ce principe on respecte celui qui enjoint au juge d'appel de faire ce que devait faire le premier juge. Or le premier juge devait statuer au fond : c'est pourquoi le juge d'appel y statue en son lieu et place. Le principe posé dans cette section doit donc être avoué par ceux-là mêmes qui dénient le droit d'évocation quand le premier juge s'est à tort reconnu *compétent.*

(1) Cass., 11 janv. 1809; Cass., 12 nov. 1816; Merlin, Quest. de droit v° *Appel*, § XIV, p. 53; Carré, n° 1704.

En sens contraire, 16 nov. 1825; Merlin, Quest. de droit, p. 35, mais le défendeur n'avait pas pris de conclusions au fond, même en degré d'appel. Cass., 11 janv. 1809. Voir ici notre *deuxième règle* à l'occasion des jugements interlocutoires.

(2) Cass., 26 août 1828. Poitiers; Sirey, 1829, n° 88, et les arrêts cités dans le § suivant.

En sens contraire, Berriat St-Prix, Pigeau (Commentaire). Demiau. Crouzilhac; Praticien français, rappelés, *Journ. des avoués*, t. XII, p. 383; Merlin, Rép., v° *Évocation*, § II, v° *Moulin*, § VIII.

(3) Cass., 2 fév. 1824; Merlin, Quest. de droit, v° *Appel*, § XIV, art. 1er, n° 10, t. II, in-8°, p. 36.

Nota. — D'après ce qui a été ci-dessus, il faut qu'il y ait conclusions prises devant le premier juge, ou au moins devant la cour.

Quant à la proposition en elle-même, nous avons vu, dans le § précédent, qu'elle est contestée.

(4) Cass., 22 janv. 1811, Baboin contre Jamet.

(5) Sirey, 1835, 1, 16; 1836, 1, 785; 1837, 1, 8; 14 août 1819; 24 déc. 1824. Sirey, 1826, 1, 287.

Merlin, Quest. de droit, v° *Appel*, t. II, in-8°, p. 41, et 42.

Contrà, Sirey, 1815, 1, 246; 30 nov. 1814, comm. de Larréale contre Daubas. Cass., 29 août 1836.

Carré, sur l'art. 473, Quest. 1704, p. 475, note 3; Berriat St-Prix. Mais dans ce cas pourquoi la loi exige-t-elle un jugement simultané? Voir notre *observation* ci-dessus, p. 39.

(6) Merlin, Quest. de droit, v° *Appel*, § XVI, édit. in-8°, t. II, p. 42.

vice de forme, *soit pour toute autre cause,* des jugements définitifs.

Quant à cette argumentation fondée sur la lettre, M. Boncenne y répondait ainsi dans la consultation rappelée Journal des avoués (t. XII, p. 376).

« La seconde partie de l'article 473 présente une latitude d'expression qui, au premier aspect, peut faire naître le doute; mais en y regardant de plus près, il est facile de voir qu'il n'y a là, pas plus que dans ce qui précède, aucune exception à la règle des deux degrés de juridiction; il a déjà été démontré que, lorsqu'un jugement était annulé par une cour royale, pour vice de forme, cette nullité n'affectant que le jugement, et la demande ayant été régulièrement introduite et instruite, il n'y avait pas violation du premier degré de juridiction dans l'évocation du fond. C'est encore le cas de dire que le juge d'appel, en substituant un jugement régulier à un jugement irrégulier, ne fait que ce que le premier juge aurait dû faire.

» Ces mots, *soit pour toute autre cause*, doivent s'interpréter par leur rapport nécessaire avec ce qui précède et avec l'esprit de tout l'article; ils indiquent une analogie avec les exemples déjà donnés, et non pas une dérogation aux principes que ces exemples sont destinés à établir; ils assimilent *aux vices de forme*, expressions qui auraient pu paraître trop restreintes, toutes les irrégularités et tous les accidents qui peuvent vicier un jugement.

» Mais il ne faut pas perdre de vue que l'article 473 ne permet aux cours royales d'évoquer que pour des causes qui vicient les jugements, parce que les degrés de juridiction sont parcourus dans ce cas. Si le tribunal inférieur qui devait juger le fond ne l'a pas fait, ou s'il l'a jugé nullement, le premier degré est rempli; il n'est plus nécessaire d'obliger les parties, arrivées en appel, de retourner devant les juges inférieurs pour parcourir encore une fois le cercle des deux degrés de juridiction. La preuve que le législateur l'a ainsi entendu, c'est que dans la discussion de l'article l'on regarde la seconde partie comme une conséquence toute naturelle et toute simple de la disposition contenue dans la première.

» On lit ce qui suit dans les observations du tribunat.

Ce qu'on a dit du cas où le tribunal infirme un jugement préparatoire ou interlocutoire, s'applique a plus forte raison au cas où le tribunal d'appel réforme pour vice de forme ou toute autre cause le jugement de première instance. Il serait dérisoire que les tribunaux n'eussent pas alors la faculté de prononcer sur le fond.

» Ce n'est pas de cette manière qu'on se serait exprimé si l'on eût voulu introduire dans l'article une innovation importante et une exception si remarquable à la règle des deux degrés de juridiction.

» Tout se réduit donc à ce point bien simple: Le premier juge n'a-t-il pas jugé le fond quand il pouvait et devait le juger? il y a lieu à l'évocation sur l'appel. Il en est de même si le jugement de première instance est entaché de quelque vice ou irrégularité; il a dépendu des premiers juges de statuer sur le fond; les juges d'appel, en réformant, font ce qu'ils auraient dû faire. »

On invoque, après la lettre, l'esprit de la loi, et l'on répète que l'on sert ici l'intérêt des parties en leur épargnant des lenteurs et des frais; et l'on peut ajouter, avec l'orateur Bigot de Préameneu, que dans le cas d'un jugement définitif, les premiers juges ayant prononcé sur le fond, déjà deux degrés de juridiction ont été remplis.

Il faut toutefois observer que le mot de compétence ne s'est trouvé ni dans l'art. 473, ni dans les motifs du projet du tribunat et de la section de législation. On se trouvait cependant au moment de la loi, en présence d'une jurisprudence qui n'admettait pas l'évocation dans les cas d'appel des jugements annulés du chef d'incompétence; la difficulté valait donc la peine d'être prévue.

On répond, encore une fois, il est vrai, que cette difficulté a été prévue et tranchée par la généralité de ces termes, *soit pour toute autre cause,* mais à part les observations de M. Boncenne à cet égard, cette argumentation ainsi présentée prouve beaucoup trop.

Nous avons vu en effet que la généralité de ces termes ne comprenait pas les cas où, suivant les principes des *juridictions,* suivant les règles du *contrat judiciaire*, suivant les règles aussi sur les pouvoirs du *juge d'appel,* l'évocation se trouvait *essentiellement* interdite (1). Le principe de l'article 473 n'est donc pas *absolu ;* sa généralité est donc restreinte par la nécessité de le concilier avec d'autres principes qui le *dominent* et l'emportent sur lui.

Et par exemple, dans le cas de *réformation* d'un jugement qui aurait *injustement* statué au fond, qui aurait *mal jugé,* on est d'accord aujourd'hui qu'il n'y a pas lieu à appliquer la règle de l'évocation, quoi qu'en ait pu dire l'orateur Bigot de Préameneu qui supposait l'évocation précisément dans le cas de *réformation.*

On n'a pas toujours obéi à la lettre de

(1) Voir ce qui a été dit, ch. III, p. 40.

l'article 465; à *son esprit*, qui serait, prétend-on, d'autoriser *dans tous les cas* la faculté de l'évocation, pour éviter des *frais* et des *lenteurs*.

Est-il un principe plus respectable que celui par lequel le juge d'appel n'est autorisé à faire que ce que devait faire le premier juge; et conçoit-on alors que le juge d'appel puisse se substituer au premier juge, tout en déclarant que ce premier juge ne pouvait juger ?

Le juge d'appel, dans ce cas, *ne peut plus faire* ce que le premier juge *aurait dû faire?* Et cependant c'est là sa véritable destination (1).

Admettre en pareil cas le système de la faculté de l'évocation, ce n'est plus seulement créer avec le législateur une dérogation salutaire à la règle des deux degrés de juridiction; c'est introduire une innovation réelle dans les principes qui régissent la mission du juge d'appel. Or la jurisprudence et la doctrine, dans tous les autres cas où les questions se portaient sur ce terrain, n'ont-elles pas généralement répondu que les règles sur les juridictions étaient *sauves*, ainsi que celles sur les attributs *essentiels* du juge d'appel? N'est-il pas évident pour tous, que le législateur, dans *son but*, n'avait en vue que la règle, par trop sévère selon lui, du double degré de juridiction; règle dont il voulait modifier les conséquences en certains cas donnés? et dès lors faut-il obéir servilement à *la lettre*, pour violenter *l'esprit de la loi*, quand on ne tarde pas à reconnaître que la *prescription* n'en est pas, n'en peut être *absolue?* quand il n'est pas vrai que l'évocation soit permise dans tous les cas d'*infirmation ?*

A. D.

III.

COMMUNICATION DE PIÈCES.

REVUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE.

PAR AD. BILLEQUIN.

La loyauté qui doit présider au combat judiciaire avait fait établir dans l'ancien droit, comme une règle certaine de procédure, que les parties ne pourraient employer l'une contre l'autre des pièces qui n'auraient pas été préalablement signifiées ou communiquées; et la sévérité était si grande sur ce point, que les magistrats n'auraient pas hésité à rejeter de la cause la pièce la plus décisive si cette formalité n'avait pas été accomplie. « *Optimum statutum*, dit Rebuffe, » *ut fiat communicatio inter partes,... ut* » *nihil ex insidiis agatur.*»

Cette règle si précieuse s'est conservée dans les mœurs judiciaires et dans les habitudes du palais, mais il faut regretter qu'elle n'ait pas été sanctionnée par une disposition expresse du Code de procédure. Pourtant le législateur avait été averti de cette omission : la cour d'Orléans, dans ses observations sur

(1) « Le plus incontestable des principes, dit Boncenne, c'est que le juge d'appel ne peut faire que ce que le premier juge aurait dû faire et n'a pas fait. Ainsi se trouve consacrée et garantie la règle des deux degrés de juridiction ; ainsi les juges d'appel ne peuvent recevoir une demande nouvelle, puisque cette demande n'aurait subi l'épreuve que d'un seul degré. Autre conséquence : toutes les fois que le premier juge a pu et dû juger le fond d'une contestation portée devant lui, et qu'il ne l'a pas fait en s'arrêtant mal à propos à des moyens d'incompétence ou de nullité, le premier degré de juridiction a été rempli, *car il n'a dépendu* que du premier juge de statuer : il le pouvait et il le devait. »

le projet, s'était exprimée ainsi : « C'est une » chose rare dans les anciennes juridictions, » c'est maintenant un abus fréquent dans » beaucoup de tribunaux, que l'emploi, à » l'audience et en plaidant, de pièces non » signifiées, ou signifiées au moment même » de l'audience; *cet abus doit être sévère-* » *ment proscrit.* Il faut ramener les défen- » seurs à leur antique délicatesse et aux » procédés qu'ils se doivent dans l'intérêt » respectif des clients et dans l'honneur de » leur profession : on propose l'addition » dans ce sens d'un nouvel article au § 4 (du » titre des exceptions) (1), qui *prohibe l'em-* » *ploi de toutes pièces non signifiées ou* » *communiquées au moins trois jours* » *avant l'audience.* »

La même observation fut faite par la cour de Toulouse en ces termes : « Il arrive sou- » vent que les parties font usage, sur l'au- » dience, de certaines pièces dont elles n'ont » point déjà donné connaissance à leur ad- » versaire, ce qui oblige la contre-partie (la » partie adverse) à demander la communica- » tion de ces pièces, et par conséquent de » nouveaux délais ; pour prévenir un *pareil* » *inconvénient* ou les *surprises qui peuvent* » *en résulter,* la loi devrait porter INHIBI- » TIONS ET DÉFENSES AUX PARTIES DE FAIRE » USAGE D'AUCUNE PIÈCE QUI N'AURAIT PAS » ÉTÉ SIGNIFIÉE OU EMPLOYÉE. »

Malgré ces observations judicieuses, aucune disposition ne fut ajoutée au projet ; mais il n'en faut pas moins regarder comme constant ce principe, qu'on ne peut employer à l'audience et se servir pour le besoin de la cause d'une pièce qui n'a pas été préalablement signifiée ou communiquée à la partie adverse. C'est ce que reconnaissent tous les auteurs. Que si, dans la pratique, quelques tribunaux ne tiennent pas assez la main à l'exécution de cette règle, c'est une négligence qu'il faut déplorer à cause des graves inconvénients qui peuvent en résulter ; mais ce n'est pas une raison pour en méconnaître l'existence et l'utilité. « La bonne foi, » dit PIGEAU, ne permet pas de se servir de » pièces inconnues à l'adversaire. »

Au surplus, même en s'en tenant à la loi, on peut dire qu'on trouve dans ses dispositions la consécration implicite du principe que nous signalons. En effet, comme l'article 188. C. p. c., reconnaît aux parties la *faculté* de demander et le *droit d'obtenir* communication des pièces employées contre elles, il en résulte qu'il impose par cela même à la partie adverse l'*obligation* de la fournir ; et comme la cause éprouverait des retards préjudiciables si l'on attendait le moment du jugement pour produire une pièce décisive, il est plus simple, plus convenable, et surtout plus loyal, de faire cette communication avant l'audience, ainsi que le veulent les traditions. On ne peut donc qu'engager fortement les magistrats à ne pas souffrir ces productions tardives et déloyales, différées le plus souvent dans le seul but de surprendre leurs consciences.

(1) C'est aujourd'hui le § 5.

La première question que soulève le paragraphe relatif à la communication des pièces, est celle de savoir s'il est bien à sa place, ou, en d'autres termes, si la demande à fin de communication est réellement une *exception.*

Les rédacteurs du Code, il faut le reconnaître, semblent l'avoir résolue affirmativement, et, sur ce point comme sur tant d'autres, ils n'ont fait que céder à l'influence de PIGEAU, qui, dans sa Procédure du Châtelet, avait rangé la communication de pièces, non-seulement parmi les *exceptions,* mais parmi les exceptions *dilatoires.*

Malgré l'opinion de ce respectable jurisconsulte, malgré l'induction qu'on peut tirer de la place qu'occupent dans le Code de procédure les art. 188 à 192, nous croyons qu'en bonne théorie la communication de pièces ne peut pas être considérée comme une exception.

D'abord on remarquera que, quoique les anciens praticiens n'eussent pas des idées très-nettes et très-arrêtées sur ce que c'est qu'une *exception*, cependant ils ne songèrent jamais à considérer comme telle la demande en communication de pièces. Nous croyons que PIGEAU est le premier auteur qui ait émis cette opinion; nous pouvons du moins affirmer que nous n'en avons trouvé de trace ni dans Imbert, ni dans Pothier, ni dans Serpillon, ni dans Jousse, ni dans Rodier, ni dans Rebuffe, ni dans le praticien de Lange, ni dans les conférences de Bornier.

Nous pouvons même ajouter que la Cour de cassation, dans ses observations sur le projet du Code de procédure, a présenté, sur la *juridiction*, la *compétence*, les *actions* et les EXCEPTIONS, une série d'articles dans lesquels elle a résumé et classé, avec beaucoup de soin, les principes reconnus par la doctrine et la jurisprudence sur toutes ces matières; or, dans le chapitre relatif aux *exceptions,* on ne trouve rien sur la communication de pièces; la Cour de cassation ne la considérait donc pas comme une véritable exception.

Quoi qu'il en soit, si les exceptions qu'on

appelait si énergiquement dans l'ancien droit des *barres*, prises *stricto sensu*, ne sont que des moyens *préjudiciels* de procédure dont se sert le *défendeur* pour *embarrasser* ou *reculer l'instruction* du procès; si ce sont des épisodes de l'instance qui interrompent l'action, et éloignent, soit pour un temps, soit indéfiniment, la conclusion; de véritables *fins de non procéder*, en un mot (1), formant obstacle, non pas seulement au *jugement*, mais à l'*instruction même de la cause*, il faut bien avouer que la communication de pièces ne peut pas être rangée dans cette catégorie, car ce ne sont pas là les caractères qui la distinguent.

En effet, 1° la demande en communication n'est pas propre au *défendeur*, elle peut être formée par les deux parties *respectivement*, c'est la loi elle-même qui le dit. (*V.* art. 188, C. p. c.)

2° Cette demande n'est pas *préjudicielle*, elle peut être opposée en *tout état de cause*, et même *pour la premiere fois en appel*. (*V.* PIGEAU, *Procéd. Châtelet*, t. I, p. 191; RAUTER, p. 193; PONCET, *Tr. des actions*, p. 300; BERRIAT, t. I, p. 263 et 264, note 73; LEPAGE, *Quest.*, p. 170; et J. A., t. VII, v° *Communication*, n° 2.)

3° Enfin elle ne tend pas à *entraver l'instruction*, elle a pour objet, au contraire, de la *faciliter* et *d'éclairer la cause*; ce n'est pas une *barre*, ce n'est pas un *obstacle à l'instruction*, c'est au contraire un *commencement*, un *moyen d'instruction* très-efficace, car il suffit souvent pour mettre fin à une contestation. (*V.* J. A., t. VII, p. 5, 2e alin. *in fine*.)

On voit donc clairement que la demande en communication n'est pas une *exception*, quoiqu'elle puisse avoir quelquefois le caractère d'un *incident*.

Au reste, si l'on veut bien considérer que la communication de pièces dans les affaires d'*audience* n'a pas un autre objet, une autre nature, un autre caractère que la communication qui a lieu dans les procès *instruits par écrit*, et si l'on reconnaît que, dans ce dernier cas, la communication n'est certainement pas une exception, n'est-on pas fondé à conclure de ce rapprochement qu'il en doit être de même dans le premier cas?

Nous n'insisterons pas plus longtemps sur ces observations, auxquelles nous n'avons donné quelque étendue que parce que nous ne les avons pas trouvées ailleurs; mais, faisant une autre hypothèse, nous allons admettre pour un instant que la demande en communication de pièces soit une exception, comme le suppose le Code, et nous allons rechercher si c'est une exception *dilatoire*.

Des auteurs très-recommandables soutiennent l'affirmative, notamment PIGEAU, *Procéd. du Châtelet*, t. Ier, p. 190 et 191, § 4; *Procéd. civ.*, t. Ier, p. 191, *in fin.* § 4; BERRIAT SAINT-PRIX, t. Ier, p. 233, ch. 3; PONCET, *Traité des actions*, p. 300; et DEMIAU, p. 136 et 137 (2): mais cette opinion semble avoir été repoussée par les rédacteurs du Code, qui ont soigneusement distingué les exceptions dilatoires proprement dites, de la communication de pièces, puisqu'ils en ont fait l'objet de deux paragraphes différents. Aussi CARRÉ, qui d'abord avait émis un avis semblable à celui des auteurs que nous avons cités, a-t-il adopté plus tard une opinion plus conforme aux principes et à la loi.

« Nous avions, dit CARRÉ, t. Ier, page » 424, note 2, dans notre *Traité et Questions*, attribué le caractère d'exceptions » dilatoires à la demande de la caution *judicatum solvi*, à celle en *communication* » *de pièces*, parce que, disions-nous, elles » tendent à *différer l'instruction*... DURANTON (3) nous paraît avoir remarqué » avec fondement que cette confusion, également faite par plusieurs auteurs, était » erronée. Il s'exprime ainsi :

« C'est à tort, selon nous, qu'on s'est » habitué à comprendre indistinctement dans » la classe des exceptions dilatoires, et celles » qui n'ont pas pour objet direct et avoué de » procurer *un délai* à celui qui les invoque, » et celles qui n'ont pas d'autre but. Les » premières apportent bien, il est vrai, un » retard plus ou moins considérable dans la » marche d'une affaire; mais ce n'est pas là » leur *objet*; ce n'est point *à cette fin qu'elles* » *ont été introduites*, tandis que les secondes » n'ont pas *d'autre but* que de fournir un » délai à la partie qui en fait usage. On a » donc mal à propos confondu l'objet avoué » des exceptions dilatoires proprement dites, » comme celle qui résulte du terme de paye-

(1) V. *Théor. de la procéd. civ.*, t. III, p. 162.

(2) Ce dernier auteur a même cela de particulier, qu'il classe toutes les exceptions énumérées dans le Code dans la classe des exceptions *dilatoires*. « En » terme de pratique, dit-il, nous n'appelons proprement *exceptions* que les exceptions *dilatoires*... » Ces exceptions forment l'objet du présent titre » (tit. IX, liv. II) : elles sont divisées en cinq paragraphes... Le cinquième règle la forme de procéder » pour avoir communication des pièces pendant le » cours d'une instance. »

(3) Dans sa thèse de concours pour la chaire de procédure vacante par la mort de PIGEAU.

» ment (nous ajouterons de la garantie et du » délai pour faire inventaire et délibérer), » avec les effets nécessaires, il est vrai, mais » indirects, de certaines exceptions, en les » rangeant toutes dans la classe des *di-* » *latoires*. Ainsi, conclut DURANTON et » nous adoptons cette conclusion), nous ne » pouvons regarder comme *exceptions dila-* » *toires*, à proprement parler, que celles » qui ont, non-seulement pour effet indi- » rect, mais encore pour *objet avoué*, de » procurer au défendeur un délai pour dé- » fendre à l'assignation, parce qu'il *ne peut* » *y répondre pour le moment*, ou parce » qu'il a le droit de jouir d'un terme. » — » (§ 9, Instit. *de exceptionibus*.)

Ainsi, quoique la demande en communication, comme le fait observer PIGEAU, ne soit formée assez ordinairement que pour gagner du temps et traîner l'affaire en longueur; cependant, comme ce n'est pas là son objet *direct et avoué*, sa nature *légale*, on ne peut pas l'assimiler aux exceptions purement dilatoires; on ne le peut pas, surtout si l'on adopte l'opinion que nous avons émise *suprà*, sur le véritable caractère de cette demande.

Une question souvent agitée autrefois était celle de savoir si l'on pouvait contraindre une partie à communiquer une pièce dont elle ne voulait pas se servir.

L'opinion générale était en faveur de la négative, parce que, disait-on, *nemo tenetur edere contra se*. (*V.* SERPILLON, *Code civ.*, p. 119; DESPEISSES, t. II, p. 530, tit. v, n° 4; L. 1re, ff, *de edendo*.) — Mais aujourd'hui cette maxime reçoit exception dans les cas où les titres non représentés sont considérés comme appartenant au réclamant, ou comme étant communs aux deux parties. (*V.* CARRÉ, t. I, p. 495, n° 788; THOM. DESMAZURES, t. Ier, p. 345 et 346; MERL., *Répert.*, verb. *Compulsoire*, § 2, t. II, p. 688; BERRIAT, t. I, p. 263, note 73, n° 2; FAVARD LANGLADE, t. II, p. 467, v° *Exceptions*, § 5; et J. A., t. VII, v° *Communication de pièces*, n° 13.) Il faut même remarquer que la rétention par la partie adverse d'une pièce dont la communication aurait été demandée, pourrait, dans certains cas, donner ouverture à requête civile. (*V.* art. 480, § 10.)

Mais pourrait-on forcer un tiers étranger au procès à produire et à communiquer une pièce, dont il serait détenteur, à l'une des parties en cause? DESPEISSES (*ubi suprà*) dit que oui, pourvu que la communication ne puisse préjudicier à celui qui détient la pièce; et le motif qu'il en donne c'est que, comme l'on peut contraindre quelqu'un à porter « témoignage de ce qu'il sait, même » contre son ami, on peut aussi le con- » traindre à exhiber des pièces pour s'en » servir contre un autre. » (L. 22, Cod. *de fid. instrument.*)

« *Si postulatur àb aliquo, in judicio, ut* » *instrumentum, non adversùs se ipsum*, » *sed alium quemdam producat, quod* » *alteri profit, idque producere recuset*, » *ut qui damnum indè metuat; verùm is* » *qui exhiberi chartam petit, nequaquàm* » *eum lædendum dicat; sed pecuniam* » *ipsum ab illis accepisse, qui per instru-* » *mentum exhibendum coarguendi sunt;* » *vult constitutio ut is qui habet instru-* » *mentum, idipsum proferat, si quidem* » *ex illius prolatione nihil ipse damni* » *sensurus fit*, etc. »

On ne peut guère adopter d'opinion absolue sur cette question; la solution dépend beaucoup des circonstances c'est-à-dire, de la nature de l'acte demandé en communication, du caractère de celui qui la tient, et de l'utilité plus ou moins grande que pourra avoir la communication de la pièce, quant à la décision du procès. Une pareille question est laissée tout entière à l'appréciation du juge. Du reste, *V.* CARRÉ, t. I, p. 493, n° 788, 3e alin.; et J. A., t. VII, p. 15, n° 11.

L'art. 188, C. p. c., veut que la communication soit demandée *dans les trois jours où les pièces ont été signées ou employées*; mais cette disposition n'est pas suivie à la rigueur et n'emporte pas déchéance (1). (*V.* PIGEAU, *Procéd.*, t. I, p. 192, 3e alin.; THOM. DESMAZURES, t. I, p. 346; BERRIAT, t. I, p. 264, note 75 *a*; et arr. CASSAT. 14 mai 1821; J. A., t. XXIII, p. 180; et t. VII, page 6.)

Remarquons bien d'ailleurs que le délai de l'art. 188, relativement aux pièces dont le demandeur a donné copie en tête de l'ajournement, ne peut courir qu'à partir de la constitution de l'avoué défendeur. (*Sic* CARRÉ, t. I, n° 789; *Comment. des ann. du notariat*, t. I, p. 382; BERRIAT, t. 1, p. 264, note 75, *a*, n° 1; et J. A., t. VII, p. 6.)

Nous renvoyons aux dispositions du Code quant au mode dont la communication doit se faire et au délai dans lequel les pièces doivent être rétablies; mais il faut bien dire

(1) Aussi la cour de Dijon proposait-elle de supprimer la fin de l'art. 188 (181 du projet). « Il est impos- « sible, disait-elle, de déterminer le délai dans lequel » la communication des pièces peut être demandée : » mille circonstances peuvent la rendre nécessaire » postérieurement au délai fixé par le projet. »

un mot de la question si controversée de savoir si c'est par le *président* ou par le *tribunal* que doit être rendue contre l'avoué en retard de rétablir les pièces l'*ordonnance* dont parle l'art. 191, C. p. c.

Presque tous les auteurs qui ont écrit sur la procédure soutiennent que c'est *au président* qu'on doit s'adresser dans ce cas, et que lui seul en doit connaître. (*V.* CARRÉ, t. 1er, nº 794; LEPAGE, *quest.*, p. 170; DEMIAU, p. 154; HAUTEFEUILLE, p. 128, 5e alin.; DELAPORTE, t. 1er, p. 194; FAVARD LANGLADE, p. 468, t. II, vº *Exceptions*, § 5, nº 3; et THOM. DESMAZURES, t. 1er, p. 349, nº 226.)

Les motifs sur lesquels on s'appuie sont: 1º les mots *requête* et *ordonnance* dont se sert l'art. 191. — « Jamais, dit LEPAGE, le Code ne confond le mot *ordonnance* et le mot *jugement*. » — « Si le législateur, ajoute CARRÉ, avait entendu que le tribunal prononçât la contrainte, il n'eût pas prescrit une *requête*, mais un simple avenir, comme il l'a fait en l'art. 107; »

2º L'ancien usage, sous l'empire de l'ordonnance de 1667;

3º Le droit d'opposition qu'on donne à l'avoué, et qui ne devrait pas lui appartenir, si c'était le tribunal qui eût rendu l'ordonnance, parce qu'il ne peut pas se réformer lui-même.

Ces motifs sont loin de nous convaincre, et, après un nouvel examen de la question, nous persistons dans l'opinion émise J. A., t. VII, verb. *Communication de pièces*, nº 14, opinion adoptée également par PIGEAU, *Procéd.*, t. 1er, p. 194, et par les auteurs du *Praticien français*, t. II, p. 47.

La première considération qui nous frappe, c'est l'importance de la condamnation à intervenir; des dommages-intérêts et la contrainte par corps peuvent être prononcés contre l'avoué; or, comment donner un pareil pouvoir à un seul magistrat? D'ailleurs, le Code n'a-t-il pas la précaution de dire quand la requête doit être présentée au *président*, et son silence dans cette circonstance n'équivaut-il pas à une prohibition expresse?

On dit que le mot *ordonnance* n'est pas synonyme de *jugement*; mais il suffit de lire l'art. 329, C. p. c., pour s'assurer que le législateur a quelquefois pris l'une de ces expressions pour l'autre: l'objection est donc insignifiante.

Il en est de même de l'argument qu'on tire du mot *requête*: il est certain en effet que, dans beaucoup de cas, des jugements sont rendus sur des *requêtes*, et non sur des *ajournements* et des *avenirs*; il n'y a donc rien à conclure de ce mot employé dans l'art. 191.

Quant à l'objection tirée de l'art. 192, qui permet à l'avoué de former opposition à l'ordonnance, elle ne nous semble pas plus concluante; car il est conforme à tous les principes que celui qui a été condamné sans s'être défendu puisse revenir par opposition.

Reste l'argument tiré de l'ancien usage.

Mais d'abord il serait facile de prouver que cet usage n'avait rien de constant; que chaque siége avait un règlement particulier sur ce point; que tantôt on se contentait d'une *ordonnance* du juge ou du rapporteur, et que tantôt il fallait un *jugement*; que c'était même ainsi que les choses se passaient au Châtelet de Paris, ainsi que l'atteste PIGEAU, t. 1, p. 192 de sa *Procéd. du Châtelet*, et que c'était l'*audience ordinaire* qui était saisie et qui rendait sentence à l'issue de l'audience du parc civil; mais nous n'insisterons pas sur ce point, parce que la question n'est pas de savoir quel était l'ancien usage, mais si le législateur n'y a pas dérogé.

Or voici une observation qui n'est pas sans importance.

Dans l'art. 184 du projet, il était dit que la requête serait *présentée* AU PRÉSIDENT *du tribunal*; mais la cour de DIJON et la cour de GRENOBLE demandèrent la modification de l'article, et firent remarquer que la requête devait être présentée *au tribunal*. « On persiste à observer, dit la cour de Dijon, » que *les ordonnances de cette nature* » *doivent être rendues par le* TRIBUNAL et » non par le président seul. » — Maintenant, si l'on veut bien remarquer que les mots du projet: *présentée au président du tribunal*, ont été supprimés, n'est-on pas fondé à conclure que, cédant aux observations que nous venons de rappeler, le législateur a voulu que l'ordonnance fût rendue par le *tribunal*? Dans le doute, c'est évidemment l'opinion qui doit prévaloir.

Il ne nous reste plus qu'à examiner si la contrainte par corps, pour défaut de restitution de pièces, doit avoir lieu, même lorsque l'intérêt de la partie paraît être au-dessous de 300 fr., nonobstant la disposition de l'article 2065, C. c.

Un jurisconsulte distingué, THOMINE DESMAZURES, a examiné avec soin cette question sous ses deux faces, et voici comment il s'exprime:

« D'une part, on peut dire que le Code civil » a désigné, dans les art. 2059 et 2060, les » cas où la contrainte par corps a lieu, et » que, dans le § 7 de l'art. 2060, il a déclaré » qu'elle aurait lieu contre les notaires, *les* » *avoués* et les huissiers pour la restitution

» des titres à eux confiés; qu'apportant ensuite des modifications à ces articles, il » dispose que la contrainte par corps ne peut » avoir lieu contre les mineurs (art. 2064), » qu'elle ne peut être prononcée pour une » somme moindre de 300 fr. (art. 2065); que » cette disposition restrictive est générale, et » se réfère à tous les articles précédents; » que, d'ailleurs, il ne paraîtrait pas juste » de traiter plus rigoureusement des avoués » que des stellionataires, ou des personnes » publiques retenant les deniers à elles confiés.

» On peut dire, pour l'opinion contraire, » que l'art. 2065, en déclarant que la contrainte par corps ne peut avoir lieu pour » une somme moindre de 300 fr., n'a eu en » vue que des condamnations de sommes » d'argent ou d'effets *susceptibles de liquidation en argent*, ainsi que l'indique la » disposition corrélative de l'art. 552, C. p. c.; » que le motif de l'art. 2065 est d'empêcher » un créancier de pousser la dureté jusqu'à » retenir en prison un débiteur pour une » somme modique qu'il ne peut payer; mais » que ni le texte ni le motif de cet article ne » sont applicables aux fonctionnaires qui retiennent les pièces à eux confiées; que ce » serait autoriser des incidents et des chicanes pour faire apprécier l'intérêt d'une » partie à la restitution de ses pièces; que ce » serait éluder la disposition précise des » art. 191 et 192, qui ordonnent que cette » restitution soit faite sans délai; que c'est » même pour ôter tout prétexte d'argumenter soit de l'art. 2065 C. c., soit de l'art. 552 » C. p. c., qu'ils déclarent que l'avoué sera » contraint incontinent et par corps. Cette » dernière opinion, à laquelle nous donnons » la préférence, nous paraît avoir été adoptée » par arrêt de la Cour de cassation du 4 février 1819. (*V.* J. A., t. VIII, v° *Contrainte par corps*, p. 674, n° 181.) »

Cette dernière opinion peut être sérieusement contestée, car, enfin, rien dans la loi n'annonce l'intention de déroger aux principes généraux posés dans l'art. 2065; mais, dans toute hypothèse, il nous semble qu'on ne peut pas s'étayer de l'arrêt du 4 février 1819, qui a été rendu dans une espèce toute différente, et qui a été d'ailleurs l'objet de vives critiques (*V.* J. A., t. VIII, p. 675, *nota*; et Favard Langlade, t. I, p. 678, § 1er, n° 5.) — Il faut donc, si l'on adopte l'opinion de Thomine-Desmazures, s'en tenir aux autres considérations qu'il a fait valoir.

Au surplus, l'application de l'art. 191 est si rare, que la question perd une grande partie de son intérêt; mais, du moins, elle nous fournira l'occasion de nous élever contre la rigueur excessive des art. 191 et 192, et surtout de l'art. 107, C. p. c. — Quoi! des dommages-intérêts considérables, la contrainte par corps et l'interdiction de l'avoué pendant le temps qu'il plaira au tribunal de fixer, et tout cela *sans appel*, pour une simple négligence, pour un retard dans le rétablissement des pièces! De bonne foi, la peine est-elle proportionnée à la faute? Ne laisse-t-elle pas à l'arbitraire un trop vaste champ? Tout ce grand appareil de sévérité est-il bien nécessaire pour arriver à un si mince résultat?

L'ancienne jurisprudence, sans aller aussi loin que le Code, prononçait aussi la contrainte par corps; mais comment était-elle exécutée? Écoutons Rodier:

« Au parlement de Toulouse, dit-il, les » procureurs qui sont mieux disciplinés, et » qui exercent leur ministère avec plus de » loyauté et de décence, ont coutume de » donner avis au procureur contraire de rendre le procès, avant de requérir l'ordonnance de contrainte. *On n'exécute pas même ordinairement les contraintes par corps contre la personne du procureur*, » MAIS CONTRE QUELQU'UN DE SES CLERCS. » (*V.* Rodier, *Quest.*, p. 177.)

Certes, aujourd'hui les choses ne se passeraient pas ainsi, la loi ne se prêterait pas à de semblables complaisances; mais il n'en est pas moins vrai que les magistrats répugneront toujours à appliquer des dispositions aussi rigoureuses, et qu'ils sauront trouver au besoin le moyen de les éluder. Cela prouve que cette partie de la loi n'est pas en rapport avec nos mœurs, et qu'elle doit disparaître du Code, ainsi que l'avait proposé la cour de Rennes, qui n'y voyait aucun inconvénient. Nous pensons, comme elle, « qu'il faut punir » par la bourse ceux qui nuisent aux intérêts » d'autrui, et que toute autre peine est hors » de la ligne de proportion. »

(*Journal des Avoués.*)

IV.

DES MODIFICATIONS APPORTÉES AU CODE CIVIL FRANÇAIS PAR LE NOUVEAU CODE DES PAYS-BAS;

PAR M. M.-H. GODEFROI, AVOCAT A AMSTERDAM.

La confection des nouveaux Codes néerlandais, qui seront mis en vigueur le 1er octobre de cette année, devait nécessairement donner lieu à des ouvrages destinés à faciliter l'étude de cette législation. Parmi ces ouvrages, celui de feu M. Asser (1) nous semble mériter une attention particulière, tant pour la méthode suivie par l'auteur, qu'en raison des fonctions que celui-ci a remplies dans la commission chargée de la rédaction des Codes, et au ministère de la justice (2), jusqu'au moment où une mort prématurée l'a enlevé à sa famille, à ses amis, au service de l'État. M. Asser a établi une comparaison du Code civil néerlandais avec le Code Napoléon : ce plan est assurément le plus propre pour l'étude des nouvelles lois; on s'en convaincra aisément si l'on considère que le Code civil français, sous l'empire duquel nous avons vécu en Hollande pendant vingt-sept ans, a servi de base au nouveau Code. Imbus des principes du droit français, nos jurisconsultes acquerront une connaissance complète de la législation nouvelle, en s'appliquant à distinguer les dispositions du Code néerlandais qui ont été empruntées au Code Napoléon, de celles qui s'en écartent. Nous ne saurions mieux faire, pour donner à nos lecteurs une idée exacte de ces modifications, que d'analyser succinctement l'ouvrage de M. Asser.

Après avoir indiqué, dans l'introduction, la distribution des matières traitées dans le Code néerlandais, l'auteur aborde le développement de ces matières mêmes, en suivant l'ordre du Code. A la tête de chaque titre, il rend compte des dispositions concordantes des deux Codes, et passe ensuite à un examen approfondi des modifications apportées au droit français. En analysant ces modifications, l'auteur explique la nouvelle distribution et classification des différentes matières, indique les divers systèmes qu'on a adoptés, et les principales dispositions nouvelles du Code néerlandais; enfin, les articles du Code Napoléon qui ont été supprimés. C'est surtout l'énumération de ces divers changements, qui a donné à M. Asser l'occasion de fixer l'attention des jurisconsultes sur plusieurs parties de la législation française, dont les vices et lacunes réclamaient depuis longtemps une réforme. Il nous reste à remarquer que presque partout, dans son ouvrage, l'auteur s'est expliqué sur les motifs qui ont porté le législateur néerlandais à s'écarter du Code Napoléon.

Dans l'introduction, qui, comme nous venons de l'observer, traite de la division du Code, il est rendu compte de la suppression du *titre préliminaire* du Code français. Les dispositions de ce titre forment chez nous une loi spéciale, applicable à toutes les branches de la législation; on a considéré que ces

(1) *Le Code civil néerlandais, comparé avec le Code Napoléon* (Het nederlandsch burgelyk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoléon), ouvrage posthume de M. Charles *Asser*, membre et secrétaire de la commission chargée de la rédaction des nouveaux Codes, etc.; publié par MM. L. Asser, avocat et juge suppléant au tribunal de première instance de La Haye, et C.-D. Asser, avocat à Amsterdam. La Haye et Amsterdam, 1838.

(2) Celles de secrétaire général.

dispositions n'appartiennent pas *exclusivement* au Code civil. Le législateur néerlandais a placé le *titre du contrat de mariage* dans le premier livre, immédiatement après le *titre du mariage*. L'auteur fait observer qu'en faisant entrer ce dernier titre dans le premier livre du Code Napoléon, le législateur français a considéré le mariage comme un contrat *suî generis*, qui exerce une grande influence sur l'état des personnes, et qui, par conséquent, doit appartenir à cette matière; mais de là il suit aussi qu'il n'y avait aucune raison plausible de transférer dans un autre livre le développement des effets nécessaires du mariage, au nombre desquels se trouvent nécessairement le contrat de mariage et les droits respectifs des époux, et de séparer ainsi ces effets de leur source primitive. Le placement du *titre du contrat de mariage*, après celui *des contrats ou obligations conventionnelles en général* pouvait d'ailleurs donner lieu à l'opinion erronée, que les règles générales établies dans ce dernier titre s'appliquaient aussi au contrat de mariage (1).

Il est aussi rendu compte, dans l'introduction, de plusieurs autres améliorations apportées à l'ordre observé dans le Code Napoléon : ainsi, la matière des testaments, du gage, des hypothèques et des priviléges (2), comme appartenant aux objets qui font naître un droit réel (*jus in re*), est développée dans le second livre du nouveau Code, relatif aux choses et aux diverses modifications de la propriété. Les obligations conventionnelles, et, par conséquent, tous les contrats d'où naît un droit personnel (*jus ad rem*), font l'objet du troisième livre; et c'est ainsi que le législateur néerlandais n'est pas tombé dans l'erreur commise par les auteurs du Code français, en classant sous la rubrique *des manières d'acquérir la propriété* les contrats de louage, de société, le prêt, le dépôt, le mandat, et plusieurs autres matières hétérogènes.

Les titres de la preuve et de la prescription ont été renvoyés au quatrième livre du Code néerlandais : quant à la preuve, on a considéré qu'il n'y avait aucune raison de rendre les règles qui la concernent applicables à la seule matière des contrats, comme l'a fait le législateur français, puisqu'elles peuvent être appliquées également à d'autres faits, comme, par exemple, aux naissances, aux décès, aux mariages, à l'adultère, etc.

Le premier livre du Code civil néerlandais contient des modifications notables apportées à presque toutes les matières faisant l'objet du premier livre du Code Napoléon : elles sont retracées successivement par l'auteur.

Ce que ce livre offre de plus intéressant c'est, sans contredit, l'examen approfondi du nouveau système adopté en matière de contrat de mariage. L'auteur indique d'abord les vices de la législation française : il montre le défaut d'ordre qui règne dans le cinquième titre du troisième livre du Code Napoléon. Les articles 1387 à 1398 contiennent des dispositions générales applicables seulement aux conventions matrimoniales; le législateur expose ensuite la communauté légale, et il reprend plus tard la matière des conventions matrimoniales dont il s'était déjà occupé au commencement du titre. La distinction établie par le Code Napoléon, entre les biens mobiliers et immobiliers, paraît très-arbitraire; car il dépend d'un cas fortuit, de la volonté d'un testateur, ou bien même de l'époux auquel des biens sont échus à titre de succession, de les faire tomber dans la communauté, ou de les en exclure. M. Asser passe ensuite à l'exposé des principes du Code néerlandais. Deux systèmes ont fixé l'attention du législateur : l'exclusion de la communauté, sauf en ce qui concerne les profits et pertes, et l'établissement d'une communauté universelle; ce dernier système a prévalu. Tout en reconnaissant que l'exclusion de la communauté est basée sur le motif que les mariages ne se contractent que par amour et inclination, et que les fortunes doivent revenir aux familles auxquelles elles ont appartenu, on a considéré que la nécessité de dresser un inventaire des biens de chaque époux, et la responsabilité du mari chargé de l'administration des biens de sa femme, donneraient souvent lieu à des contestations. D'ailleurs, on pouvait tout aussi bien donner la préférence au système de la confusion des fortunes, laquelle même est inévitable dans

(1) En parcourant attentivement le titre III du troisième livre du Code Napoléon, et notamment les art. 1101, 1109 et suiv., 1134, ceux qui ont rapport aux conditions résolutoires, aux obligations solidaires, aux obligations divisibles et indivisibles, et à l'extinction des obligations, on verra que presque aucune de ces dispositions ne peut recevoir son application en matière de contrat de mariage.

(2) Quoique strictement la matière des priviléges n'appartienne pas au second livre, on n'a cependant pas cru lui devoir donner une autre place, à cause de la grande connexité qui existe entre cette matière et celle du gage et des hypothèques.

le cas où les époux laissent des enfants ou descendants, et dans celui où l'un d'eux dispose, en faveur de l'autre, de la totalité ou d'une partie de ses biens. Le système de la communauté universelle est en harmonie avec la nature du mariage : les époux tendent vers un but commun, celui de contribuer mutuellement à tout ce qui peut leur rendre la vie agréable ; mais cette communauté de peines et de plaisirs, cette *individua vitæ consuetudo* serait inconciliable avec une distribution inégale des fortunes : la séparation des biens des époux peut d'ailleurs donner lieu à une incompatibilité d'intérêts, et de là à des différends qu'il faut éviter.

Au principe de la communauté universelle, se rattache la question de savoir si le mari peut aliéner ou hypothéquer les immeubles de la communauté, sans le consentement de sa femme? Cette question a été résolue affirmativement : l'auteur fait remarquer qu'une disposition contraire serait funeste si le mari n'avait en vue que les vrais intérêts de la communauté, et insuffisante par rapport au mari prodigue ; que, d'ailleurs, les biens des époux sont indivisibles, et que, par conséquent, en cas de refus de la femme, le mari pourrait même être empêché d'aliéner sa propre part. Afin de prévenir cependant les abus qui pourraient résulter de l'administration du mari, le législateur a accordé à la femme, dans le cas où le mari dissiperait les biens de la communauté, la faculté de provoquer son interdiction, ou une séparation de biens, et de stipuler même que, nonobstant la communauté, ses biens ne pourront être aliénés ou hypothéqués sans son consentement. Tout en adoptant le système de la communauté universelle, les auteurs du Code néerlandais ont accordé aux époux la faculté de s'en écarter ; mais ils se sont abstenus de prescrire des règles à cet égard ; ils se sont bornés à faire mention de la communauté des profits et pertes, et de celle des fruits et revenus.

Arrivé au titre du *divorce*, l'auteur indique qu'on n'a pas admis le divorce *par consentement mutuel ;* on l'a jugé contraire à la nature du mariage, qui ne peut être dissous par la seule volonté des parties, comme un contrat ordinaire. La séparation de corps laissant subsister le mariage, le législateur néerlandais n'a pas craint d'admettre cette séparation par consentement mutuel.

Dans l'exposé de la matière de la minorité et de la tutelle, nous remarquons quatre modifications générales apportées à la législation française : 1° l'âge de la majorité a été reculé à 23 ans ; 2° le mariage rend majeur : on a considéré que l'individu jugé capable de contracter un engagement aussi important ne doit pas être limité dans l'exercice de ses droits ; 3° la disposition de l'article 389 du Code Napoléon n'a pas été comprise dans cette matière, et par là on a fait disparaître l'obscurité qui règne dans le Code, par rapport à la nature de l'administration du père pendant le mariage ; 4° le système des conseils de famille a été supprimé (1) et remplacé par une intervention plus efficace du juge du canton (juge de paix), qui, cependant, doit entendre les parents et alliés du mineur, et en référer au tribunal d'arrondissement, en cas de dissentiment : on a pensé qu'en général les membres des conseils de famille se montrent peu empressés à remplir leurs devoirs ; que souvent ils négligent les intérêts du mineur, et n'ont en vue que leur intérêt personnel ; d'ailleurs, il semble être contraire à la disposition de l'article 166 de la loi fondamentale (2) d'investir des personnes qui ne remplissent aucune fonction judiciaire d'un pouvoir aussi étendu qu'est celui du conseil de famille.

En matière d'émancipation, M. Asser examine plusieurs dispositions du droit français : il blâme à juste titre cette conséquence de l'article 480 du Code Napoléon, que le survivant des père et mère, tuteur de ses enfants, ne peut exercer la curatelle, et qu'un parent éloigné, ou même un étranger, lui est préféré ; car il est tout naturel que le tuteur ne puisse recevoir lui-même le compte de sa tutelle : ce compte ne saurait, d'ailleurs, être rendu que dans le cas où le mineur a été émancipé par le survivant des père et mère. Il reste à savoir s'il y a un compte à rendre, lorsque l'émancipation a lieu du vivant des père et mère? Le Code Napoléon ne s'explique pas à ce sujet. Une autre observation concerne les articles 481 et 482 ; le législateur français a oublié que très-souvent le montant des revenus peut être d'une plus grande importance que celui d'un capital que le mineur émancipé reçoit ou dont il donne décharge. D'après le Code néerlandais, l'émancipation est acquise par une dispense d'âge (*veniâ ætatis*) accordée par la haute cour et homo-

(1) Le mineur n'est plus tenu également à demander le consentement d'un conseil de famille pour pouvoir contracter mariage.

(2) Cet article porte que « le pouvoir judiciaire ne peut être exercé que par les tribunaux établis par la loi fondamentale ou en conséquence d'icelle. »

loguée par le roi; le mineur, ainsi émancipé, devient majeur sous tous les rapports, sauf l'obligation de demander le consentement requis pour contracter mariage, et le pouvoir décerné à la haute cour d'ordonner que l'émancipé ne pourra aliéner ou hypothéquer ses immeubles. Une autre espèce d'émancipation consiste dans la faculté dont jouissent les parents et le juge de canton, d'accorder certains droits au mineur âgé de 18 ans, qui néanmoins restera soumis à la puissance paternelle ou à la tutelle.

Arrivant à la matière de la curatelle, l'auteur rend compte de trois modifications importantes : la première, c'est l'interdiction des prodigues; cette mesure a été reconnue nécessaire, tant dans l'intérêt de la société que dans celui des familles, qui, très-souvent, deviennent victimes de la prodigalité d'un de leurs membres; 2° la suppression des conseils judiciaires, devenus superflus par la curatelle des prodigues, et dont les fonctions sont d'ailleurs insuffisantes et humiliantes à l'égard des personnes auxquelles les conseils sont nommés; 3° la faculté, accordée à un individu qui, par faiblesse d'esprit, se sent incapable de veiller à ses intérêts, de provoquer lui-même son interdiction : cette disposition est surtout nécessaire dans le cas où des personnes d'un âge avancé se trouvent privées de la force nécessaire pour résister aux insinuations dangereures d'adroits intrigants; elle est d'ailleurs d'une grande utilité lorsque les membres de la famille, quoique recevables à provoquer l'interdiction, craignent cependant de faire subir cet affront à leur parent.

Les principaux changements apportés aux dispositions du droit français, relatives à l'absence, sont au nombre de deux : 1° le Code néerlandais contient une indication plus exacte des mesures provisoires; il n'admet pas une présomption d'absence, il s'enquiert seulement s'il y a nécessité de veiller aux intérêts de celui qui a quitté son domicile, et à ceux des tiers; 2° ce Code etablit la *déclaration de mort présumée*, qui remplace la déclaration d'absence du droit français : on a considéré que, si, pendant un certain nombre d'années, après une enquête ordonnée à cet effet, et des citations réitérées dans les journaux, l'absent ne reparait pas, il y a lieu, non pas à le déclarer absent (car cette circonstance ne peut être mise en doute), mais à le présumer mort : le législateur français n'est d'ailleurs pas resté fidèle à son système, car, tout en n'admettant qu'une déclaration *d'absence*, il fait mention *d'héritiers présomptifs*, dont il ne peut être question que lorsqu'on admet une *présomption de mort*.

Dans le second livre, l'auteur passe d'abord en revue plusieurs matières sur lesquelles le Code Napoléon ne s'est pas expliqué; telles sont : la possession (1), le droit de superficie, d'emphytéose, les rentes foncières et les dîmes.

Parmi les modifications les plus notables du droit français retracées dans ce même livre, celles qui ont rapport à la tradition des immeubles, aux successions, aux priviléges et aux hypothèques, méritent surtout de fixer notre attention. Le législateur français a traité de la délivrance ou tradition dans le titre *de la vente*, comme si cette matière ne se rattachait qu'à la vente; mais en examinant les principes mêmes de cette délivrance, et surtout la disposition de l'article 1583, M. Asser prouve : 1° que les auteurs du Code Napoléon n'ont pas tenu compte des distinctions entre le droit réel et le droit personnel (*jus in re* et *jus in personam*), fondées dans la nature des choses; 2° que, d'après le droit français, le vendeur d'un immeuble pourra, après avoir fait enregistrer le contrat dans un lieu autre que celui de la situation, vendre de nouveau le même immeuble : aussi tout acquéreur, pour se garantir d'une éviction et pour obtenir la certitude que le vendeur est encore propriétaire de l'immeuble, doit faire faire *simultanément* des recherches dans tous les bureaux d'enregistrement du royaume, afin d'apprendre s'il a été enregistré quelque part un contrat de vente du même immeuble; 3° qu'il y a une antinomie frappante entre les articles 1582 et 1604 du Code Napoléon, et l'art. 1583 du même code; car, d'une part, le législateur pose en principe que le contrat de vente ne donne lieu qu'à *un droit personnel*, qu'à l'*obligation* du vendeur de livrer la chose, et d'autre part il accorde à l'acheteur le *droit de revendiquer* la chose achetée. Pour remedier à ces inconvénients, le Code neerlandais dispose que la delivrance ou la tradition des immeubles ne s'opère que par la transcription de l'acte dans les registres publics à ce destinés.

Au titre des *successions*, nous rencontrons une modification importante par rapport à la saisine; les auteurs du Code néerlandais ont placé les heritiers testamentaires dans la même condition que les héritiers légitimes, par le motif que l'exécution de la volonté du testateur, quant aux héritiers insti-

(1) Les articles 2228-2235 du Code Napoléon ne concernent que la prescription afin d'acquérir.

tués, ne doit pas dépendre des caprices des héritiers légitimes, en ce qui concerne la délivrance des legs. Arrivant à la succession des enfants naturels, l'auteur critique la disposition de l'art. 756 du Code Napoléon, et démontre, par la combinaison des art. 757, 758, 915 et 916 du même code, que les parents auraient pu plus librement disposer de leurs biens, si, au lieu d'un enfant naturel, ils avaient laissé un enfant légitime. Le législateur néerlandais a considéré les enfants naturels comme héritiers ayant droit à une certaine portion légitime.

Pour ne pas entrer dans de trop longs détails, nous ne suivrons pas l'auteur dans l'examen approfondi des dispositions relatives aux testaments; avant de passer cependant au troisième livre, nous tâcherons de résumer en peu de mots l'analyse que donne l'auteur du nouveau système adopté dans la matière des priviléges et hypothèques (1). Le législateur n'admet que le privilége énoncé au n. 4 de l'art. 2103 du Code Napoléon; il ne reconnaît pas les autres priviléges mentionnés au même article, par la considération que les créanciers auxquels ils sont accordés ont le droit d'exiger une hypothèque conventionnelle, ce qui est plus difficile aux ouvriers qui ne peuvent fixer d'avance le montant de leurs salaires et fournitures. La transcription du privilége des ouvriers a été jugée inutile : on a considéré que dès lors ce privilége deviendrait hypothèque, et que d'ailleurs l'existence en est subordonnée à la double condition que l'immeuble ne soit pas aliéné, et que la créance ne remonte pas à plus de trois ans. Une autre modification générale consiste à établir la règle que le gage et l'hypothèque priment le privilége : on a été guidé principalement par le motif qu'un créancier hypothécaire, sans mettre sa confiance dans la personne du débiteur, n'a en vue que l'immeuble hypothéqué, et qu'ainsi il y aurait injustice à le priver de cette sécurité au profit d'autres créances qui lui sont entièrement étrangères.

Le système hypothécaire du Code Napoléon a été souvent l'objet d'une critique sévère. M. Asser se livre également à l'examen des vices et des lacunes de cette partie de la législation française; il prouve : 1° que les hypothèques légales sont tout à fait contraires au système de publicité et de spécialité qu'on a voulu établir; 2° que les hypothèques judiciaires sont incompatibles avec le principe admis par le Code Napoléon et par le Code néerlandais, d'après lequel les biens du débiteur sont le gage *commun* de *tous* ses créanciers; 3° qu'il résulte du dernier alinéa de l'art. 2148 du Code Napoléon que le prêteur sur hypothèque doit très-souvent se contenter d'un certificat portant que le *débiteur* n'est grevé d'aucune hypothèque, sans que ce certificat lui assure aucune garantie à l'égard de l'immeuble. L'auteur démontre que le législateur néerlandais a cherché à remédier à ces inconvénients, en refusant de reconnaître d'autres hypothèques que celles consenties par les parties, et en ordonnant que les inscriptions doivent contenir la désignation spéciale de l'immeuble. Il expose ensuite les diverses modifications au droit français, résultant du nouveau système; nous signalerons surtout les principes du Code néerlandais relatifs à l'effet des hypothèques contre les tiers détenteurs, et au mode de purger les propriétés.

Parmi les modifications du Code Napoléon, dont l'auteur rend compte dans l'examen du troisième livre du nouveau Code, nous croyons devoir citer : 1° le développement de quelques matières que le législateur français a passées sous silence, au nombre desquelles se trouvent les actions civiles pour cause d'homicide, de coups et blessures, de calomnie et d'injures, celles qui ont rapport aux personnes morales, etc.; 2° la suppression de l'art. 1166, dont l'application a donné lieu sans cesse à des difficultés inextricables; 3° l'adoption du principe que les engagements contractés par des mineurs ou interdits sont nuls de plein droit, à cause de la minorité ou de la curatelle : on a considéré qu'il est absurde de laisser subsister un engagement contracté par exemple par un enfant de de dix ans, jusqu'à ce qu'il soit prouvé que le mineur a été lésé, et que d'ailleurs l'art. 1305 du Code Napoleon est inconciliable avec les art. 1123 et 1124 du même code; 4° la suppression de la rescision de la vente pour cause de lésion; cette suppression est basée sur les motifs suivants : La loi fournit les moyens de faire annuler un engagement entaché d'erreur, de dol ou de violence; le vendeur agissant librement et étant à même de connaître la valeur de la chose aliénée, ne peut être considéré comme lesé par la vileté du prix; dans le système du Code français, il dépend du vendeur, après avoir aliéné la chose à un prix inférieur, d'enlever à l'acheteur sa propriété, sous prétexte de lésion; tant que dure l'action en rescision, la pro-

(1) M. Fœlix a publié dans sa *Revue*, t. I, p. 641 et suiv., un exposé de la nouvelle législation des Pays-Bas en matière d'hypothèques et de priviléges sur les immeubles.

priété acquise par l'acheteur n'est pas suffisamment garantie; enfin, les art. 1677 à 1680 du Code Napoléon font connaître les nombreuses difficultés auxquelles sont soumises la preuve et l'estimation de la lésion; 5° l'admission du principe qu'en cas d'incendie, c'est au bailleur à prouver la faute du preneur, principe fondé sur la doctrine du droit romain (1), et justifié d'ailleurs par la considération que le locataire ne peut être présumé coupable : en effet le locataire a le plus grand intérêt à ne pas négliger la maison qui lui est confiée, puisque par là il veille en même temps à la conservation de sa fortune, de sa vie et de sa famille; 6° la prohibition des sociétés universelles de biens, qui dans la réalité ne sont que des contrats aléatoires, par lesquels l'une des parties cherche à améliorer son sort au préjudice de l'autre, puisqu'il est invraisemblable que les biens mis en commun aient la même valeur; 7° l'application des règles générales relatives à la portion disponible, aux donations entre époux par contrat de mariage : par là se trouve supprimé l'art. 1094 du Code Napoléon; cette disposition est injuste aux ascendants, qui, toujours plus âgés que leurs gendres ou belles-filles, n'ont d'autre moyen de retirer quelque profit de leur réserve que d'en vendre la propriété; 8° la prohibition des donations entre époux pendant le mariage, qui ordinairement sont surprises au donateur par la séduction, ou arrachées par la crainte, au préjudice des enfants.

Les dispositions concernant la preuve et la prescription font l'objet du quatrième livre : nous y rencontrons l'explication d'une matière importante, sur laquelle le Code Napoléon a gardé le silence, et qui cependant mérite une attention particulière. Au lieu d'abandonner l'appréciation de la preuve testimoniale à la conviction intime des juges, comme l'a fait le législateur français, le Code néerlandais établit des règles auxquelles le juge est obligé de se conformer; ces règles sont basées sur le principe qu'un fait quelconque ne peut être considéré comme prouvé, qu'autant que les preuves légales et la conviction intime du juge concourent ensemble : cette conviction seule n'a aucun effet si elle n'est accompagnée des autres preuves exigées par la loi. Au titre des *présomptions*, l'auteur s'explique sur la question de savoir jusqu'à quel point une condamnation peut être admise comme preuve du délit dans une cause civile : il démontre que le Code néerlandais a adopté un terme moyen entre les deux systèmes opposés, qui ont été professés par deux célèbres commentateurs du droit français, MM. Toullier et Merlin (2); ce terme moyen consiste à ne considérer l'arrêt de condamnation que comme une présomption, contre laquelle la preuve contraire est admise; sauf le cas d'adultère, où le jugement de condamnation établit une présomption *juris et de jure*. A cette question se rattachent d'autres dispositions du nouveau Code, dont l'auteur rend compte : ainsi, un jugement d'absolution ne peut servir de défense contre l'action civile; d'autre part, les jugements relatifs à l'état des personnes, prononcés contre ceux qui étaient en droit de contester la demande, forment preuve non-seulement entre les parties, mais encore entre les tiers.

En terminant, nous croyons devoir ajouter que la nature de l'ouvrage de M. Asser, ne nous a pas permis de suivre l'auteur dans tous ses développements : nous avons cherché à résumer, aussi succinctement que possible, ce qu'il contient de plus important, et surtout à parcourir avec l'auteur les modifications les plus notables apportées au droit civil français. Nous n'hésitons pas à dire que, non-seulement en Hollande, mais, en général, dans tous les pays où le Code Napoléon est encore en vigueur, et où l'on croira devoir procéder à la révision de la législation française, on ne consultera pas sans fruit l'ouvrage que nous venons d'analyser.

(*Revue étrangère et française.*)

(1) *V.* Voet, *Commentarius ad tit. pandect. ad legem aquiliam*, n. 20.

(2) *V.* Toullier, Droit civ. franç., t. VIII, n. 35 et suiv., X, n. 240 et suiv.; Merlin, Questions de droit, v° *Faux*, § 6; Répertoire, v° *Chose jugée*, § 15.

V.

DISSERTATION.

ORDRE. — FAILLITE. — SYNDICS. — COLLOCATION. — FRAIS DE SYNDICAT.

Dans l'ordre ouvert sur le prix d'un immeuble dépendant d'une faillite, les syndics doivent-ils être colloqués par privilége pour les frais de syndicat?

PAR FLANDIN, AVOCAT A LA COUR ROYALE DE PARIS.

La jurisprudence semble aujourd'hui avoir une tendance à augmenter les charges qui dérivent des fonctions de syndics; cette tendance peut se justifier assurément par l'intérêt qu'inspire la masse des créanciers d'une faillite; mais n'est-il pas à craindre que des conséquences bien différentes de celles que l'on attend ne résultent de cette rigueur systématique? Ce qui importe avant tout aux créanciers d'une faillite, c'est que le syndicat soit confié à des hommes honorables dont la probité égale la capacité. Or c'est les éloigner du syndicat que d'en augmenter les embarras et les charges.

Il est juste de dire que la jurisprudence que nous signalons est bien plutôt celle des tribunaux civils que des tribunaux consulaires; c'est par les premiers qu'il a été jugé « que les syndics étaient solidaires pour les faits de leur gestion (1). » (Voir le *Journal du commerce* du 15 janvier 1825.)

« Qu'ils étaient personnellement responsables des frais de l'officier ministériel chargé par eux d'agir au nom de la masse. » (Voir le *Journal du Commerce* du 18 octobre 1823.)

Enfin, voici qu'il est jugé par le tribunal civil de la Seine, à la date du 23 décembre 1833, que *les syndics d'une faillite n'ont pas droit d'être colloqués par privilége pour leurs frais de syndicat dans un ordre ouvert sur un immeuble de la faillite*, de telle sorte que si l'actif mobilier est insuffisant, les frais de syndicat retomberont sur les syndics, qui en seront tenus personnellement.

L'art. 2101 du Code civil accorde un privilége aux frais de justice sur les valeurs mobilières, et, à défaut de mobilier, le privilége est étendu par l'art. 2104 du même code sur le prix des immeubles, la question est donc de savoir si les dépens du syndicat peuvent être considérés comme frais de justice. Cette question ne peut souffrir de difficulté à l'égard des frais relatifs à la vente de l'immeuble, soit de *poursuite*, soit simplement de *présence* dans le cas où l'expropriation serait commencée. Dans l'usage, ces frais sont *employés*, c'est-à-dire mis à la charge de l'adjudicataire, et une collocation privilégiée ne nuirait pas plus aux créanciers hypothécaires qu'un emploi; car un adjudicataire n'omet point de prendre en juste considération l'article des frais, et son prix augmente ou diminue suivant leur quotité.

En vain on voudrait objecter que ces frais sont uniquement dans l'intérêt de la masse chirographaire représentée à la vente par les syndics; car, d'une part, la masse chirographaire voudrait dispenser les syndics de l'accomplissement des formalités prescrites (soit l'estimation des immeubles par experts) qu'elle ne le pourrait pas; et les formalités au cas de faillite étant exigées par la loi, *à peine de nullité de la vente*, il s'ensuit qu'elles sont remplies dans l'intérêt

(1) La question de solidarité a récemment été jugée négativement par le tribunal de commerce de Paris; on attend la décision de la cour saisie de l'appel.

commun des créanciers hypothécaires et chirographaires; et, d'autre part, la loi, en accordant un privilége aux frais de justice sur les immeubles vendus, repousse la distinction basée sur leur utilité plus au moins apparente au regard des créanciers hypothécaires.

Les dispositions des articles 2101 et 2104 du Code civil sont-elles pareillement applicables aux frais de syndicat, proprement dits, qui résultent de l'apposition et de la levée des scellés, de l'inventaire, de l'indemnité des agents non créanciers et de la nomination des syndics? Le jugement du 23 décembre décide la négative sur le motif que ces frais sont dans le seul intérêt de la masse chirographaire. Eh quoi! est-ce que les créanciers hypothécaires, si la vente du mobilier a précédé celle des immeubles, ne viendront pas prendre part aux répartitions, suivant l'art. 540 du Code de commerce? Et lorsque la distribution du prix des immeubles aura été faite antérieurement à celle du prix des meubles, les hypothécaires sur lesquels les fonds auront manqué ne sont-ils point admis à concourir, jusqu'à concurrence de ce qui leur est dû, avec les chirographaires? L'art. 539 du Code de commerce leur confère expressément ce droit.

S'il en est ainsi, il est évident que les hypothécaires profitent de l'apposition des scellés qui a prévenu les détournements frauduleux de l'inventaire qui constate la quotité de l'actif, et comme cette double garantie, ils la doivent à l'agent de la faillite qui a rempli pour tous les formalités que la loi prescrit, il est juste qu'ils contribuent à la rémunération de ses travaux.

D'un autre côté, les créanciers auxquels l'accomplissement des formalités de la faillite profite de la manière la plus directe et la plus immédiate, étant les chirographaires, les frais de syndicat seront imputés d'abord sur le mobilier, et, seulement en cas d'insuffisance du mobilier, sur le prix des immeubles. Tel est le vœu que le législateur a exprimé dans les articles 2101 et 2104 du Code civil, et que le jugement sus-énoncé a complétement méconnu.

Nous ne terminerons pas cet article sans signaler une amélioration introduite par M. le président du tribunal civil de la Seine dans l'administration de la justice, pour les *ordres* et *contributions;* on sait avec quelles lenteurs désespérantes pour les justiciables ces procédures étaient autrefois suivies; quelles nombreuses et graves dissidences éclataient dans la solution de questions identiques jugées par les diverses chambres du tribunal. Ces deux grands inconvénients vont cesser; les *ordres* et les *contributions* sont portés à la première chambre, à une audience extraordinaire ouvrant à l'issue de l'audience du matin : cette chambre est composée de juges commis dans les contributions ou dans les ordres, et présidée par M. Debelleyme. Ce magistrat a voulu commencer lui-même l'exécution du projet éminemment utile qu'il avait conçu; c'était le moyen le plus certain d'en assurer le succès.

(*Journal des Avoués.*)

VI.

SAISIE-ARRÊT. — COMPÉTENCE. — TRIBUNAL DE COMMERCE. — DEMANDE EN VALIDITÉ.

Lorsqu'une saisie-arrêt a été pratiquée en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de commerce, devant quel tribunal doit-on intenter la demande en validité?

PAR AD. BILLEQUIN.

A notre avis, il faut distinguer si la saisie-arrêt a été pratiquée *en exécution* d'un jugement du tribunal de commerce, ou si elle l'a été sans titre et en vertu seulement d'une *ordonnance* du président du tribunal.

Dans le premier cas, nous n'hésitons pas

à penser que le tribunal consulaire est *incompétent*. Cela nous semble résulter de la manière la plus précise des termes des art. 442 et 553, C. p. c., qui ne veulent pas que les tribunaux de commerce connaissent de l'execution de leurs jugements. Cette opinion est enseignée par MM. Merlin, *Rép.*, v° *Consuls des marchands*, t. III, p. 24, et Pigeau, *Comment.*, t. II, p. 155; et elle a été consacrée par la cour de cassation le 27 juin 1821, et par la cour de Bruxelles le 28 mai 1807. (J. A., t. XXIII, p. 227 et t. XIX, p. 204, n° 13.)

Dans la deuxième hypothèse, c'est-à-dire lorsque l'opposition a eté pratiquée en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de commerce, et dans une matière commerciale, notre opinion est différente; nous pensons que le tribunal de commerce est compétent, soit sur la demande en mainlevée de l'opposition, soit sur la demande en validité de la saisie-arrêt.

Voici ce qui nous détermine:

Nous remarquons d'abord que, d'après l'art 417. C. p. c., le président du tribunal de commerce peut autoriser une saisie-arrêt; c'est, en effet, un point constant. Or nous demandons s'il serait naturel, s'il serait logique de faire porter la contestation, dont la saisie-arrêt est le préliminaire obligé, devant un autre tribunal que celui auquel appartient le magistrat qui a autorisé cette saisie? Ne serait-il pas déraisonnable de passer ainsi brusquement et sans necessité d'une juridiction dans l'autre, et d'ebaucher, on ne sait pourquoi, devant un juge spécial qui ne serait compétent qu'à demi, une procédure qui ne pourrait être valablement suivie que devant d'autres magistrats? Evidemment non.

Mais, dit-on, puisqu'il est de principe que les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'*exécution de leurs jugements*, à plus forte raison ne peuvent-ils connaître de l'exécution des *ordonnances de leurs présidents*.

Cet argument ne nous touche point, car il est facile de répondre que, puisque le président d'un tribunal de commerce est *compétent* pour autoriser, dans certains cas, une saisie-arrêt, à plus forte raison le tribunal de commerce lui-même est-il compétent pour en connaître. Mais nous ne nous arrêtons point à cette objection, nous insistons seulement sur les graves inconvénients qui résulteraient de l'opinion contraire.

En effet, de deux choses l'une : ou le tribunal *civil* sera saisi non-seulement de la question de validité ou de mainlevée de la saisie-arrêt, mais encore de la question de savoir si la créance, en vertu de laquelle l'opposition a été formée, existe réellement, si elle est légitime, etc...

Ou, au contraire, la demande en validité sera séparée de la demande principale dont elle n'est que l'accessoire. — Or, dans le premier cas, il est évident que si la contestation est portée devant les juges *civils*, le saisissant sera désarmé d'une partie de ses moyens, puisqu'il ne pourra ni invoquer sa correspondance ou ses livres, ni demander à prouver *par témoins* l'existence même de sa créance, ce qui serait un résultat déplorable; et, dans le second cas, il y aura deux instances, deux procédures, deux jugements sur des questions tellement connexes, que la solution de la première entraîne nécessairement la solution de la seconde: une telle marche ne peut être approuvée, car elle double les frais et fait perdre un temps précieux, sans nécessité, sans intérêt pour personne. Nous pensons donc que le tribunal de commerce est compétent.

Du reste, cette opinion est partagée par M. Carré, t. II, p. 238, n° 1496, et par M. Pigeau, *Comment.*, t. II. p. 155. — On peut aussi citer dans le même sens plusieurs arrêts. (V. Turin, 17 janvier 1810; Rouen, 15 août 1819 et 21 juin 1825; Nîmes, 3 décembre 1812; Paris, 16 germinal an xi; Aix, 6 janvier 1831; J. A. t. XIX, p. 289, n° 45; p. 304, n° 126; t. XXXIV, p. 107; t. XIX, p. 264, n. 13; t. XLIII, p. 714.)

Toutefois, l'opinion contraire s'appuie sur l'autorité de MM. Pardessus, t. V, p. 21 et 22; Favard, t. V, p. 702 et 703; Demiau, p. 318; et Berriat-Saint-Prix, t. II, p. 615, note 2; add. fin., note 40, *a;* et elle a été consacrée par les cours de Rennes, le 14 décembre 1810; de Nîmes, le 4 janvier 1819; de Paris, le 31 décembre 1811; et par la cour d'Aix, le 29 décembre 1824. (J. A., t. XIX, p. 264, n° 13; p. 354, n° 118; p. 265, n° 13, et t. XXVII, p. 260.)

(*Journal des Avoués.*)

VII.

Droit commercial.

DES DROITS ET DES DEVOIRS

DU PORTEUR D'UNE LETTRE DE CHANGE PAYABLE A UN DÉLAI DE VUE, LORSQUE L'ACCEPTATION N'EN EST PAS DATÉE, ET QUE, LORS DE CETTE ACCEPTATION, LE DÉLAI A COMPTER DE LA DATE DE LA LETTRE SE TROUVE DÉPASSÉ;

PAR A. THIERIET, PROFESSEUR DE DROIT COMMERCIAL A LA FACULTÉ DE STRASBOURG.

Il n'est pas de contrat qui se constate en termes plus concis, et qui produise des effets plus énergiques, que l'acceptation d'une lettre de change. Un seul mot, ordinairement le mot *accepté*, suivi de la signature, constitue l'accepteur débiteur direct et principal du montant de la lettre dont le tireur, les endosseurs et les donneurs d'aval ne sont que garants; cet engagement est irrévocable et solidaire (1), soumet l'accepteur à la contrainte par corps et à la juridiction commerciale, quand même il n'est pas commerçant, et l'oblige au payement envers tout porteur légitime, sans qu'il puisse lui opposer les exceptions dont il aurait pu se prévaloir contre les endosseurs dont ce porteur tient ses droits, fût-ce même celle qui résulterait d'un premier payement.

Il existe cependant deux cas différents, dans lesquels l'acceptation doit contenir une énonciation de plus : c'est tantôt celle du domicile où le payement doit s'effectuer, et tantôt celle de la date de l'acceptation.

La législation commerciale a dû, en effet, se prêter aux combinaisons introduites par les besoins et les usages du commerce.

Or il arrive souvent qu'on tire une lettre de change sur un correspondant qui demeure dans un certain lieu, pour la faire payer dans un autre lieu où l'on ne connaît personne, mais où le tiré, au moyen de ses relations, se charge de la faire payer. Alors, afin que le porteur sache à quel domicile il devra se présenter pour demander son payement et protester, le cas échéant, il est nécessaire que le tiré, en acceptant, supplée ce qui manque à la lettre, c'est-à-dire, indique le domicile de la personne qu'il désigne pour faire le payement, et qui est inconnue du tireur.

C'est en ce sens que l'art. 123 du Code de commerce porte que « l'acceptation d'une lettre de change payable dans un autre lieu que celui de la résidence de l'accepteur, indique le domicile où le payement doit être effectué ou les diligences faites. »

On voit que dans ce cas l'acceptation, au lieu de n'être qu'une simple faculté, devient une nécessité, puisqu'il faut qu'elle procure le complément sans lequel le porteur serait dans l'impossibilité d'agir efficacement. L'acceptation, sans l'indication du domicile, équivaudrait donc à un refus d'acceptation.

L'art. 123 contient un vice de rédaction, en ce qu'il emploie l'expression de *résidence* à l'égard de l'accepteur, et celle de *domicile* à l'égard du tiers qui doit payer; car cette distinction pourrait faire supposer, sur ce

(1) Code de Commerce, art. 121.

point, une différence qui n'existe pas ici.

En second lieu, il arrive plus souvent encore qu'une lettre de change est payable au bout d'un délai qui ne court pas de la date de la lettre, mais seulement du jour où la lettre sera présentée au tiré, ou vue par lui; et voilà pourquoi ces délais sont appelés *délais de vue*. En ce cas, le délai ne court pas, et la lettre sommeille, pour ainsi dire, tant qu'elle n'est pas présentée.

Il faut donc qu'un nouvel acte vienne faire courir le délai, en constatant l'époque de la présentation de la lettre.

Comme cette présentation se constate, le plus souvent, par l'acceptation, on a été induit à confondre l'une avec l'autre, et l'on a dit que, dans ce cas, l'acceptation n'est plus simplement établie comme une sûreté, qu'il dépend du porteur de prendre ou de ne pas prendre, mais encore comme une formalité à l'exécution du contrat (1).

La même confusion se trouve, en effet, dans le Code de commerce; car l'art. 122 ne parle que de la date de l'acceptation, pour faire courir le délai. L'art. 131 porte formellement que l'échéance d'une lettre de change à délai de vue est fixée par la date de l'acceptation, ou par celle du protêt, faute d'acceptation; et enfin l'art. 160 veut que cette acceptation soit exigée dans les délais qu'il détermine.

Malgré cela, nous n'en croyons pas moins qu'il y a ici erreur ou lacune dans la rédaction. En effet, la lettre n'est pas payable à un délai d'acceptation, mais à un délai de vue ou de présentation, qui court par conséquent de la présentation, même sans acceptation; car alors le vœu des parties et celui de la loi sont également accomplis.

Ne serait il pas absurde, dans une législation ennemie des formes, de contraindre sans motif raisonnable, d'une part, le tiré qui ne veut pas accepter, mais consent à constater la présentation qui lui est faite, et, de l'autre, le porteur qui, ne tenant pas à l'acceptation, veut bien se contenter de l'attestation de la présentation, à recourir malgré eux à l'inutile formalité d'un protêt?

C'est la présentation qui est alors un devoir pour le porteur, et non l'acceptation, qui reste facultative. Et certainement, il n'est pas de tribunal qui n'admît, comme remplissant suffisamment le vœu de la loi, un simple visa daté.

Ce que nous avons à dire de l'acceptation s'appliquera donc à la simple présentation.

Ainsi, la présentation, de quelque manière qu'elle soit constatée, pour faire courir le délai, doit nécessairement être datée, et c'est en ce sens que l'article 122, ne s'attachant qu'à l'acceptation, porte que, « *l'acceptation est datée, si la lettre est à un ou plusieurs jours, ou mois, de vue.* »

Cette disposition offre encore une lacune, en ce qu'elle ne comprend pas le cas où la lettre serait à une ou plusieurs usances de vue; car la raison de décider est évidemment la même, et, d'ailleurs, cette omission se trouve réparée dans l'art. 131, qui fixe, d'après la date de l'acceptation, l'échéance des lettres à une ou plusieurs *usances*, comme celle des lettres à un ou plusieurs jours, ou à un ou plusieurs mois de vue.

Il y a plus: le Code de commerce ne prévoit que les jours, les mois et les usances, sans doute parce que ces espaces de temps sont le plus habituellement usités pour mesure des délais d'échéance des lettres de change. Mais les dispositions du Code ne sont, à cet égard, nullement limitatives, et comme rien n'empêche d'employer, pour mesure, d'autres divisions de temps, il est certain qu'il faut appliquer l'art. 122 à toutes les lettres de change stipulées payables à un délai quelconque de vue: par exemple, à quarante-huit heures, une semaine, une demi-semaine, une année, une demi-année de vue, etc.

Ajoutons, en passant, que la présentation, ayant pour effet de faire courir le délai et de fixer l'échéance, comme la date de la lettre, dans les lettres payables à délai de date, constitue le fondement d'un droit irrévocablement acquis à tous les intéressés, à l'égard desquels le porteur est ce qu'on appelle en droit, *procurator in rem suam*. Il peut bien présenter la lettre quand il veut; mais une fois qu'il l'a présentée, le délai court, en sorte qu'il est tenu, sous peine de déchéance, de protester le lendemain de l'échéance, à compter de la présentation, sans pouvoir revenir sur ce fait accompli pour reculer l'échéance.

Vient ensuite la sanction de la disposition de l'art. 122, qui exige la date dans l'acceptation des lettres de change payables à délai de vue.

Cette date n'est pas essentielle à la validité de l'acceptation; aussi le porteur ne pourrait considérer l'acceptation non datée comme équivalant à un refus d'acceptation valable, et, en conséquence, agir conformément aux art. 119 et 120 du Code de commerce.

Mais comme le défaut de date a pour effet de ne pas établir le point de départ duquel doit courir le délai, et qu'il faut cependant que ce délai soit fixé pour qu'on arrive à l'échéance, il était naturel de s'attacher alors à la date même de la lettre, en la prenant

(1) Locré, *Esp. du Code de Com.*, art. 122, note 3.

pour point de départ, et de présumer que le tiré qui donne son acceptation ou son visa, en omettant la date, renonce au délai plus long dont il ne tenait qu'à lui de jouir. En conséquence, la lettre est censée avoir été présentée le jour même de sa date, ou pour mieux dire, elle est transformée ou convertie, par la loi, en une lettre payable à un délai de date.

C'est en ce sens que l'art. 122 ajoute que « *le défaut de date de l'acceptation rend la lettre exigible au terme y exprimé, à compter de sa date.* »

L'accepteur perd donc, par le défaut de date, tout le temps qui a couru depuis la date de la lettre jusqu'au jour de la présentation, puisque ce temps est alors compté dans le délai.

Par exemple, je suis porteur d'une lettre de change tirée le 1er janvier, et payable à deux mois de vue. Je la présente le 1er février; si l'acceptation est datée, la lettre sera payable le 1er avril; et, à défaut de date, le terme de l'échéance arrivera le 1er mars.

Il résulte de là qu'il dépend de l'accepteur de rapprocher l'échéance, en ne datant pas son acceptation.

Jusqu'à présent, nous marchons la loi à la main; mais voici ce qu'elle n'a pas prévu :

Qu'arriverait-il en effet si le délai, en partant de la date de la lettre de change, se trouvait expiré et dépassé lors de l'acceptation non datée?

Par exemple, je suis porteur d'une lettre de change tirée le 1er janvier, à 15 jours de vue. Je la présente le 1er février, et le tiré l'accepte. S'il date son acceptation, la lettre sera payable le 15 février, et, à défaut de payement, je devrai protester le 16. Mais l'acceptation n'étant pas datée, et la loi faisant alors courir le délai du 1er janvier, date de la lettre, il en résulte que l'échéance tombe au 15 janvier. Or, étant arrivé au 1er février, comment, à défaut de payement, puis-je protester le lendemain de l'échéance? Serai-je déchu de recours contre mes garants?

Telle est la difficulté.

D'un côté, le porteur ne pouvait protester, puisque, avant l'acceptation, la lettre de change n'était pas à échéance; et, de l'autre, il est impossible d'admettre qu'il dépende du tiré d'anéantir ou de paralyser par supercherie, ou même par inadvertance, les droits légitimes du porteur : ce serait une déception et une spoliation que la loi ne saurait protéger.

Mais alors quel parti prendre?

Le porteur doit-il considérer une telle acceptation comme l'équivalent d'un refus, et faire aussitôt protester faute d'acceptation, en sorte que le délai commence à courir du jour du protêt?

Mais, tout à l'heure, n'avons-nous pas établi en principe que, la date n'étant pas essentielle pour la validité de l'acceptation, le défaut de date ne pouvait constituer un refus? D'ailleurs, ce serait reculer l'échéance sans nécessité, contre la disposition de la loi.

Ou bien, ne doit-on pas plutôt prendre l'acceptation comme fixant à l'instant même l'échéance, en sorte que le porteur soit tenu d'exiger le payement, et, en cas de refus, de protester aussitôt faute de payement, pour conserver son recours?

Ce dernier parti est évidemment le plus rationnel; car, en s'écartant, par la force des choses, du texte de la loi, dans l'intérêt du porteur, il convient de s'en écarter le moins possible, et de ne pas prolonger encore, sans nécessité, un délai qui, à s'attacher à la lettre de la loi, serait déjà expiré.

Cette solution peut ensuite donner naissance à une autre difficulté.

Tout porteur d'une lettre de change à délai de vue, revêtue d'une acceptation sans date, qui aurait laissé expirer les délais sans remplir ses devoirs, ne pourrait-il pas éluder la déchéance, en alléguant que c'est à l'instant même que l'acceptation lui a été remise? Sans doute, mais sauf la preuve contraire de la part de l'accepteur.

Ce sont là des questions de fait et de bonne foi, qui ne peuvent se décider que par les circonstances, et qui sont, par conséquent, livrées à l'appréciation et à la prudence des tribunaux.

(*L'Investigateur.*)

VIII.

Droit Civil.

DE LA RENONCIATION, DE LA PART DE L'ACQUÉREUR, A LA GARANTIE EN CAS D'ÉVICTION;

PAR ALFRED BERTAULD, AVOCAT A LA COUR ROYALE DE CAEN.

Il y a renonciation explicite à la garantie, quand le vendeur a stipulé expressément qu'il n'entendait répondre d'aucune cause de trouble ou d'éviction, ou, moins généralement, de telle cause d'éviction, qui est venue plus tard à se réaliser (Code civil, art. 1627).

Il y a renonciation implicite à la garantie, lorsque l'acheteur a positivement connu le trouble ou l'éviction, soit par une déclaration du vendeur, soit par toute autre voie, ou qu'il est *légalement présumé* l'avoir connu, à moins que, dans ces cas, il n'ait formellement réservé son action en recours (art. 1629).

La loi subvient à l'acquéreur qui, dans l'ignorance du péril, omet de stipuler la garantie; elle la stipule pour lui (art. 1626), faisant ainsi ce qu'elle présume qu'il eût fait, s'il eût vu le danger. Mais la loi ne doit point intervenir pour l'acquéreur instruit, lors du contrat, de l'existence du droit qui peut l'évincer. Il a été à portée de pourvoir lui-même, par une clause expresse, à ses intérêts menacés. Averti, mis, en quelque sorte, en demeure de s'expliquer sur la garantie qu'il entend imposer à son vendeur, s'il se tait c'est qu'il veut l'en affranchir.

Ainsi, l'exercice d'un droit de réméré, déclaré par le vendeur, celui d'une servitude apparente qui s'est déclarée elle-même, la surenchère du quart, réputée prévue, puisqu'elle est écrite dans la loi, ne donnent pas ouverture à l'obligation de garantie (1).

Duvergier, *Traité de la Vente*, n° 318, reconnaît, en thèse générale, la vérité de ces principes, sans toutefois les appuyer d'aucune considération de raison. Il soutient cependant que, par exception, la connaissance acquise à l'acheteur, lors du contrat, des hypothèques, qui grèvent la chose vendue, *soit qu'elles procèdent du chef du vendeur, soit qu'elles aient été créées par des détenteurs précédents dont le vendeur n'est que l'ayant cause à titre particulier*, ne suffit pas, malgré le silence de l'acte, pour affranchir de la garantie, à raison de ces hypothèques. Mais le même auteur, n° 319, s'occupe du cas où le vendeur a déclaré lui-même l'existence de ces hypothèques, et il voit une exemption de garantie dans cette déclaration.

Comme Duvergier, nous pensons que la connaissance *acquise* à l'acheteur, d'hypothèques personnelles soit au vendeur lui-même, soit à ceux qu'il représente *à titre universel*, n'emporte point renonciation à la garantie, pour cette cause d'éviction. Toutefois, nous devons nous hâter d'ajouter que, par des motifs qui vont être bientôt déve-

(1) Code civil, art. 1599, 1626, 1629, 1638, 1641 et 1642; Loi 27, *Cod. de Evictionibus*; Dalloz, *Dictionn. de Législ.*, v° GARANTIE, n° 47; Rolland de Villargues, *Rép. du Notariat*, v° ÉVICTION, n° 14; Cass., 2 février 1837, et Colmar, 18 nov. 1836; Dalloz, *Rec. pér.*, tom. 37-1-258; Sirey, tom. 37-2-215.

loppés, nous n'attribuons pas plus d'effet, sous ce rapport, à la connaissance de ces hypothèques, quand elle est donnée par le vendeur lui-même. C'est en quoi nous différons de sentiment.

Si l'acquéreur a connu les hypothèques, et qu'elles procèdent de tiers dont le vendeur n'est que l'ayant cause *à titre particulier*, en sera-t-il de même? Non; ce dernier est exempt de la garantie, à moins qu'une clause formelle et expresse ne la lui impose. Quel serait, en ce cas, le motif de déroger au principe qui, suivant Duvergier, *loc. cit.*, constitue la règle générale?

L'acquéreur a su que le vendeur n'était tenu de l'hypothèque que comme détenteur, et, conséquemment, que la détention cessant par le fait même de la vente, il allait être dégagé de tout lien. Or, averti tout à la fois et de l'existence du péril et de ce que rien, en dehors des stipulations qui lui étaient facultatives, n'imposerait à son vendeur, après la réalisation du contrat, le devoir de prévenir ce péril en acquittant la dette, il devait soumettre celui-ci, par une clause positive, à une obligation qu'il n'avait pas contractée d'ailleurs. Si la dette eût été personnelle au vendeur, l'acquéreur pourrait dire qu'il n'avait pas besoin de lui faire une loi de payer ses créanciers; que cette loi était déjà écrite pour lui dans l'engagement qu'il leur avait souscrit. Mais son silence est destitué de cette explication : il n'a eu, il n'a pu avoir aucune espérance fondée de voir le danger s'évanouir, et, cependant, il n'a stipulé aucune garantie. C'est donc qu'il y a renoncé (1).

Jusqu'ici notre opinion est conforme à celle de Troplong, *Commentaire de la Vente*, n° 418, qui se borne à la citation des lois romaines. Nous allons bientôt avoir à combattre l'imposante autorité de ce savant jurisconsulte.

Et d'abord, si la renonciation à la garantie s'induit de la connaissance que l'acheteur a eue, lors de la vente, de la cause d'éviction, s'il est juste que cette présomption disparaisse devant l'expression d'une volonté contraire; la stipulation formelle de la garantie ne saurait lui profiter, si, connaissant la cause de l'éviction, il l'a cachée au vendeur qui l'ignorait : le dol a dicté cette stipulation; elle est comme non avenue. Ce qui le prouve, c'est que la renonciation expresse ou tacite à la garantie, n'est pas toujours efficace. En effet, elle ne peut soustraire le vendeur à l'obligation de garantir *ses faits personnels* (art. 1627).

Ce principe, néanmoins, n'est pas vrai d'une vérité absolue; il demande à être entendu sainement. Il est vrai, en ce sens que le vendeur ne saurait, par aucune clause, s'affranchir de la responsabilité de *ses actes postérieurs à la vente*, et faire abdiquer d'avance, à son acquéreur, le droit de recours pour le cas où il viendrait lui-même à l'évincer; car l'intérêt des mœurs réclame qu'on ne puisse se créer un brevet d'impunité pour son dol à venir. Il est encore vrai, puisqu'une stipulation générale de non-garantie, ne décharge pas le vendeur de l'obligation de répondre d'une éviction causée par ses faits personnels, même antérieurs à la vente, si l'acquéreur les a ignorés. Le vendeur ne doit pas abuser du secret qui les couvre pour surprendre, à la bonne foi de son acquéreur, une clause qui ne s'explique que par l'ignorance dans laquelle on a pris soin de l'entretenir.

Or le principe cesse d'être vrai du moment que son application ne prévient pas le dol, et ne produit pas d'effet. Par exemple, la déclaration ou la connaissance acquise à l'acheteur, d'une cause d'éviction résultant d'un fait personnel au vendeur, et *consommé irrévocablement* au moment du contrat, emporte dispense de garantie. Telle serait une vente sous condition suspensive qu'il aurait antérieurement faite. De là, question de savoir si cette dispense résulte de la connaissance acquise ou donnée à l'acheteur, d'une cause de péril personnelle au vendeur, quand celui-ci a *pu* et *dû*, depuis la vente, paralyser une telle cause, et briser le germe d'éviction qu'elle contenait?

L'infraction à ce devoir, bien que Duvergier, n. 321, par un pur jeu de mots, ne la qualifie que de simple *omission*, est, dans la réalité des choses, un fait *personnel et postérieur à la vente*, que le vendeur n'a pu placer en dehors de sa responsabilité. Conséquemment, s'il a déclaré une hypothèque affectée à sa propre dette, comme l'action hypothécaire dépouille l'acquéreur, la déclaration ne l'affranchit pas de la garantie. Dans l'espèce, la cause prochaine, directe, immédiate de l'éviction, c'est l'inexécution de l'engagement du vendeur envers son créancier, c'est-à-dire *son fait*, et son fait postérieur à la vente.

Sans doute, le vendeur pourrait bien, par une clause expresse, *charger* son acquéreur de cette hypothèque, et la stipulation serait ainsi interprétée : si le prix de vente était égal à la créance hypothécaire, ce ne serait qu'une simple indication de payement; au

(1) Duranton, *Cours de Droit franç.*, tom. XVI, n° 252.

contraire, si le prix était inférieur, le vendeur serait réputé avoir dit : « Je vous vends, mais c'est sous la condition que vous ferez l'avance des deniers nécessaires à l'acquittement de ma dette. Je vous impose cette obligation; la violer, c'est vous exposer à une éviction, et je n'entends pas m'en rendre garant. » Le vendeur stipulerait ainsi l'irresponsabilité, non pas de son fait, mais bien du fait de la faute de l'acquéreur; ce qui est chose fort licite (1).

Quand l'acquéreur chargé de l'hypothèque veut, au lieu de suppléer avec ses propres deniers, *sauf son recours*, à l'insuffisance du prix, pour éteindre la créance hypothécaire, courir les chances de la purge, et qu'une surenchère le dépouille, il ne peut accuser que lui. Mais, à notre estime, une clause si exorbitante, que Troplong, n. 477, et Duvergier, n. 319, supposent toujours, ne résulte pas à suffire de la déclaration de l'hypothèque, lorsqu'elle n'est accompagnée d'aucuns termes qui l'expliquent. La déclaration dont il s'agit n'a qu'un sens équivoque, problématique; elle a pu avoir pour but, dans l'intention du vendeur, de le soustraire à la sévérité de l'art. 1635. Cet article, interprété par Duvergier, n. 368, punit en effet de l'aggravation des obligations de garantie, non-seulement celui qui vend sciemment la chose d'autrui, mais encore celui qui cache l'existence d'autres causes d'éviction.

Il est à remarquer que le vendeur qui déclare une hypothèque n'en charge point par cela même son acquéreur, et qu'il promet implicitement et nécessairement de payer la dette à l'échéance. Dans ce cas, la déclaration de l'hypothèque pourrait bien rendre l'acheteur responsable de la purge, s'il l'entreprenait avant l'exigibilité de la dette, car il aurait peut-être à s'imputer de n'avoir pas attendu que le vendeur fût en demeure de remplir son engagement, en désintéressant le créancier; mais tout reproche d'imprudence cessant de pouvoir être adressée à l'acquéreur, la déclaration d'une hypothèque personnelle au vendeur ne décharge pas celui-ci des risques de la purge.

Troplong sent si bien le besoin de s'arrêter dans le cours de ses suppositions, qu'il recule devant les conséquences du principe d'assimilation qu'il avait d'abord adopté. Il est évident, en ce qui concerne les hypothèques provenant du chef des tiers, qu'il n'a, en aucune manière, distingué entre le cas où l'acquéreur les connaissait par la révélation du vendeur, et celui où il les connaissait par toute autre voie. Cependant, lorsqu'il s'agit des hypothèques personnelles au vendeur, il n'ose voir, dans la connaissance qui en est acquise à l'acheteur, l'engagement de *se charger* des hypothèques, d'en faire disparaître les causes, même en payant au delà de son prix de vente; engagement qu'il fait résulter de la déclaration de ces hypothèques par le vendeur.

Il semble qu'il existe, à cet égard, une contradiction dans le système de l'auteur du *Commentaire de la Vente*. De cela qu'il y a eu renonciation valable à la garantie, est-ce à dire que tout soit fini entre les contractants, quoi qu'il advienne depuis, et que le vendeur ne puisse plus être soumis à aucune répétition de la part de l'acquéreur? Nullement (2).

Le vendeur est bien dispensé de faire cesser les troubles, et est déchargé de tout recours en dommages-intérêts; mais à quel titre retiendrait-il le prix, s'il n'a pas transmis son équivalent, la propriété? Ce n'est pas une garantie qu'on lui demande; c'est, d'après l'art. 1629, la restitution d'une somme payée, par suite d'une cause qui a manqué, qui ne s'est pas réalisée : *Causa data, causa non secuta*. L'acquéreur ne perd tout à la fois et la chose et le prix, qu'autant que les parties ont voulu faire, non pas un contrat commutatif, mais un véritable contrat aléatoire; qu'autant que l'une a entendu vendre, l'autre entendu acheter de simples prétentions. Alors l'éviction ne fait pas cesser la cause du payement.

(*L'Investigateur.*)

---

(1) Paris, 16 juill. 1832; Sirey, tom. 32-2-518, et Dalloz, *Rec. pér.*, tom. 32-2-214.

(2) Orléans, 13 mai 1835; Sirey, tom. 36-2-531, et Dalloz, *Rec. pér.*, tom. 37-2-25.

IX.

ÉLOGE BIOGRAPHIQUE

DE M. PROUDHON,

PAR M. LORAIN, DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON (1).

En me confiant le difficile honneur de succéder au savant et regrettable doyen de l'école de droit de Dijon, l'université me donne de graves devoirs à remplir. Je n'en sens jamais mieux tout le poids qu'en reportant ma pensée vers une vie si pleine d'années et de travaux, plus aisée à louer qu'à imiter, dont le récit rapide et simple doit remplir cette solennité; dernier et légitime hommage à la mémoire d'un homme dont le nom a inauguré et consacré cette école à laquelle il a comme légué sa renommée! C'était bien ici qu'il fallait parler de M. Proudhon, et nous n'attendions qu'une occasion naturelle d'acquitter cette obligation pieuse. Mais, puisqu'il m'était réservé d'être l'organe de collègues dont les conseils et l'amitié vont m'être chers et précieux plus que jamais, je regrette que le temps m'ait été si court pour recueillir quelques traits d'une longue et honorable carrière, et pour satisfaire l'empressement public qui attend mes paroles.

La naissance de M. Proudhon, au mois de février 1758, à Chasnans, village de Franche-Comté, à quelques lieues d'Ornans, n'est pas un fait indifférent, autant qu'on pourrait d'abord le croire, à la vie de notre éminent jurisconsulte. Ses premières années se passèrent au milieu des hautes montagnes du Jura; il y puisa ce tempérament sain, cette santé robuste, qui ont toujours une si grande part et sont presque nécessaires aux longs travaux des hommes. Il était d'ailleurs l'enfant d'une province qui a fourni tant de notabilités aux sciences, et dont les habitants se distinguent par une particulière aptitude aux études patientes et fortes.

Ses parents étaient simples et livrés aux travaux agricoles, mais probablement aisés : car il eut un frère qui fut médecin, et lui-même reçut à l'université de Besançon une éducation soignée : ce qui suppose, surtout à cette époque, des ressources pécuniaires assez étendues.

Parmi les enseignements qui composaient alors l'université bisontine, il y avait un cours de théologie, confié à un homme de talent, l'abbé Jacques. M. Proudhon suivit ses leçons. Était-ce une préparation à l'état ecclésiastique auquel il se destinait peut-être? songeait-il à pénétrer dans ce savant et puissant séminaire de Besançon, où l'on ne pouvait entrer qu'après deux années d'études théologiques universitaires? nous ne pouvons aujourd'hui l'affirmer; mais il aimait à parler souvent de ses études de théologie, et à proclamer qu'elles avaient été fort utiles à ses occupations juridiques. Il rendait le même hommage aux sciences mathématiques dans lesquelles il avait pénétré assez avant pour qu'elles inspirassent à son esprit cette habitude de raisonnement rigoureux et de deduction logique, procédé familier des mathématiciens. Qui ne sait que Leibnitz avait un secret penchant à réduire la science du droit en formules mathématiques, et qu'il admirait surtout dans la composition des grands jurisconsultes de Rome la méthode des géomètres?

(1) Cet éloge a été prononcé le 11 décembre dernier, par M. Lorain, nommé récemment doyen de la faculté de droit de Dijon, qui a bien voulu nous le communiquer.

Je n'ai pas besoin d'ajouter que M. Proudhon compléta ses études de droit dans son université natale. Il fut reçu docteur en droit en 1789. Il se plaisait à montrer avec une espèce de fierté, et comme un souvenir de sa jeunesse, les nombreux cahiers d'étudiant qu'il avait écrits alors sur les *Institutes* de Justinien. Il préludait ainsi laborieusement à l'emploi laborieux de son avenir.

Un concours ne tarda point à s'ouvrir à l'université de Besançon pour une chaire de professeur de droit. M. Proudhon n'hésita point à s'y présenter; il s'y montra avec honneur; mais soit que son âge ne lui eût point permis encore de valoir tout ce qu'il valut depuis, soit que son esprit fût plutôt propre à la méditation qu'à l'improvisation, la victoire demeura à l'un de ses condisciples et de ses compatriotes, M. Grappe, qui resta son ami et devint plus tard un des meilleurs professeurs de l'école de Paris.

La révolution française vint tout à coup interrompre cette lutte pacifique, et entraîner M. Proudhon hors de ses goûts et de sa carrière naturelle. Il se livra d'abord, comme tant d'hommes de bien, aux illusions et aux espérances de cette grande crise sociale, si féconde en malheurs publics et en gloire nationale, avec toute l'ardeur d'un jeune homme, et toute la confiance d'un homme instruit qui se sent fort et qui comprend qu'il a le droit d'ambitionner et de prendre sa place légitime dans le mouvement d'un ordre nouveau. Aussi plusieurs magistratures électives vinrent-elles honorer et récompenser ses opinions populaires. En 1790, il fut élu au conseil du département du Doubs; et bientôt après, quatre arrondissements judiciaires, Lure, Baume-les-Dames, Ornans et Pontarlier, se disputèrent l'honneur de l'élire à la fois juge de leur tribunal de district. Il opta pour Pontarlier.

Le souvenir de ses études théologiques et de sa science de juriste firent invoquer, dans ce même temps, son sentiment grave sur la constitution civile du clergé. On devine qu'il ne se montra point contraire à cette innovation plus démocratique encore que religieuse, dont les suites déplorables se mêlèrent avec tant d'énergie aux autres passions de ces temps orageux.

La tempête politique avançait à grands pas. Tandis que le magistrat de Pontarlier remplissait noblement ses fonctions de judicature, les élections plus violentes de 1792 le forcèrent de quitter cette ville, et d'essayer de se réfugier, à l'abri de la tourmente, dans les fonctions de juge de paix du canton de Nods, son pays natal. Les haines démagogiques vinrent le trouver dans sa retraite : un commissaire de la convention le suspendit de ses fonctions. C'est que M. Proudhon avait retenu des impressions et des études de sa jeunesse un vif sentiment de la justice et de la légalité, et une opiniâtre sincérité de sentiment religieux qui ne l'abandonna jamais à aucune époque de sa carrière. Sa volonté était ferme, il était capable de courage civil, le plus rare de tous les courages. On l'accusait de plaindre les émigrés et de sauver les prêtres; en ces temps-là, c'était un crime. Ses amis assurent qu'il rendit, à ses propres périls, plus d'un service éminent à des hommes menacés, et que plus d'une fois il offrit dans sa propre maison un asile à des prêtres déportés, à des émigrés proscrits.

Il n'en fallait pas tant pour justifier une suspension brutale. Mais tout fonctionnaire suspendu était de plein droit rangé par la législation contemporaine dans la catégorie des suspects; de la suspension au tribunal révolutionnaire, et du tribunal révolutionnaire à l'échafaud, il n'y avait qu'un pas. M. Proudhon entreprit de se faire réhabiliter par un nouveau commissaire de la convention. Cela donna lieu à une scène qui peint l'époque.

Il commença par se faire inviter chez un ami de Pontarlier, dans la maison duquel devait dîner le conventionnel. On plaça à table l'ex-juge de paix de Nods à côté du représentant du peuple. M. Proudhon ne perdait pas une occasion de lui parler, et ses instances finirent par être remarquées. « Je vois bien à tes façons d'agir, lui dit brusquement le conventionnel, que tu as quelque chose à me demander. Que veux-tu? parle. — Oui, répond sans se troubler M. Proudhon, je réclame de toi ma réintégration dans la place de juge de paix de Nods, de laquelle j'ai été injustement suspendu. — Écoute et prends-y garde, réplique sévèrement le représentant du peuple, je ne me soucie point de défaire ce que mon prédécesseur a fait et probablement bien fait : mais si tu insistes, viens, j'y consens, aujourd'hui même, à la société populaire, monte à la tribune, et demande toi-même ta réintégration. Si aucune voix ne s'élève contre toi et ne t'accuse, je consentirai à te rétablir; sinon je t'enverrai au tribunal révolutionnaire. Choisis. »

La chose était périlleuse. M. Proudhon opta pour la cérémonie de la société populaire. Il y arrive, il s'empare de la tribune, il parle, il redemande ses fonctions; toutes les voix se taisent, et déjà il descendait triomphant de la tribune, quand un ancien procureur réclame la parole contre la motion de M. Proudhon : « Citoyens, dit-il, celui qui vient de parler est un aristocrate, il favorise l'émigration : je l'ai vu, quand il était juge à

Pontarlier, annuler une saisie d'argenterie, arrêtée à la douane, comme destinée à passer, hors de France, à des émigrés. » A cette dénonciation, l'assemblée se trouble et s'agite, le conventionnel secoue la tête. M. Proudhon garde son sang-froid et reparaît à la tribune.

« Il est vrai, citoyens, dit-il, que le tribunal de Pontarlier, où je siégeais, annula une saisie d'argenterie, destinée peut-être à une famille émigrée; mais le magistrat est l'organe impassible de la loi, et je ne pouvais qu'appliquer les principes de la procédure, et annuler ce qui était légalement nul. Mais toi, continue-t-il en se tournant vers l'ancien procureur, toi qui me dénonces et qui m'accuses, tu satisfais, en cette occasion, une basse vengeance : ne te souviens-tu donc pas que tu es un voleur, et que j'ai été plusieurs fois forcé, en ma qualité de juge, de diminuer tes états de frais de plus de moitié? » A ces mots, le procureur reste confondu, la foule le poursuit de ses huées, et M. Proudhon reprend ses fonctions.

Il ne devait point languir longtemps dans cette obscurité. Après le 9 thermidor, quand le règne des terroristes fut passé, il fut appelé au directoire du département du Doubs. En l'an IV, on l'élut au tribunal de département; il en présidait la seconde section, lorsque la chaire de législation à l'école centrale du Doubs lui fut proposée par le jury d'instruction publique. M. Proudhon accepta, heureux de retrouver ses anciennes et chères études, qui allaient à son intelligence et à ses goûts mieux peut-être que les occupations quotidiennes de la magistrature et de la jurisprudence. C'était à la fin de 1796.

Mais, avant de le suivre exclusivement et tout entier dans ses travaux de prédilection qu'il ne devait plus changer désormais contre aucun autre, vous me saurez gré, messieurs, de rappeler encore une des circonstances les plus honorables de la vie de M. Proudhon.

Après la réaction du 18 fructidor, les craintes et les rigueurs révolutionnaires se réveillèrent. Un tribunal militaire se mit en séance, à Besançon, comme ailleurs, pour condamner et fusiller les émigrés. Déjà, plusieurs prêtres, condamnés à la déportation, étaient devenus les victimes nouvelles de la commission sanglante. Des ecclésiastiques périrent, que la mémoire des Francs-Comtois n'a pas encore oubliés. En ces déplorables circonstances, M. Proudhon éleva la voix, et ne vit pas le péril. Il écrivit, il imprima, il publia un mémoire dans lequel il prouva, avec sa force de logique accoutumée, que le tribunal militaire ne pouvait atteindre dans sa compétence que les citoyens sortis volontairement de France, mais qu'il ne s'appliquait point à de malheureux prêtres que la loi de déportation avait exilés, malgré eux, en qualité de prêtres *insermentés*.

Cette puissante protestation du savoir et du droit contre l'illégalité menaçante d'un tribunal terrible, obtint un succès bien noble et bien précieux. Depuis lors, aucun prêtre ne fut traduit devant la commission militaire de Besançon.

Je me repose enfin, avec M. Proudhon, dans ces fonctions du professorat, qu'il devait illustrer pendant de longues années, et qui lui avaient été imposées par ses inclinations autant au moins que par le choix de M. Fourcroy, et par les prières unanimes des conseils généraux des trois départements de l'ancienne Franche-Comté.

A ses leçons arrivèrent de tous côtés une foule d'élèves. Dans tout ce qui compose les rangs éminents de la magistrature et du barreau franc-comtois, il est peu d'hommes qui n'aient été nourris de la doctrine de M. Proudhon. Courvoisier, qui fut ministre, a été un de ses élèves, et nous pourrions trouver à la tête de notre cour royale elle-même des hommes qui écoutèrent alors notre savant professeur.

Il y avait une telle puissance de travail dans M. Proudhon, que, malgré les soins multipliés de l'école centrale où le professeur de législation enseignait seul les différentes parties de la science, il trouvait encore le temps de se livrer à de nombreuses consultations de cabinet et à la composition de son premier livre, le *Cours de législation et de jurisprudence françaises*.

Cet ouvrage, où l'on pouvait découvrir déjà la destinée de l'écrivain, fut comme la préparation de celui qu'il publia sous l'empire, sur le premier livre du Code civil. S'il n'est guère resté dans le commerce et dans les mains des jurisconsultes, c'est qu'il se composait en grande partie de l'examen d'une législation transitoire, qui n'est plus étudiée que par les curieux, et que, d'ailleurs, les nombreuses pages qui peuvent s'appliquer encore au droit nouveau, ont été refondues avec soin par l'auteur dans son second travail. Mais la manière, la forme, le style, et toutes les qualités du *Cours de législation* font pressentir le mérite du livre de l'*État des personnes*.

Même alors que l'école centrale du Doubs fut supprimée, M. Proudhon continua gratuitement son enseignement. Mais à ce moment, l'élément révolutionnaire s'était consumé par ses propres ardeurs : les hommes que les idées nouvelles avaient le plus enivrés de succès et de pouvoir réclamaient à grands cris le repos;

le pays tout entier demanda à une main unique, ferme, glorieuse, à la main d'un grand général, une organisation forte, une administration toute-puissante et centralisatrice, et, par une réaction énorme mais presque naturelle, ne songea guère à réserver ses libertés politiques pour lesquelles tant de sang avait été versé, et tant de triomphes militaires obtenus.

Napoléon prit le pouvoir et ne rendit pas la liberté. Quand il songea à la restauration des études, il recréa les écoles de droit, et le décret impérial nomma l'école de Dijon la seconde entre toutes les écoles des 110 départements de l'empire français. La première chaire du Code civil en fut confiée à M. Proudhon. Il racontait lui-même, avec ce naïf orgueil qui fut un des traits saillants de son caractère, que le projet de décret, daté de Munich, le 17 janvier 1806, ne portait pas son nom en première ligne, et que l'empereur prit lui-même la plume des mains de son secrétaire pour effacer le premier nom et y substituer celui de M. Proudhon.

Cette anecdote ne contribua pas peu à faire naître dans le cœur du professeur cette dévotion à l'empereur qui fut pour lui mêlée de faveurs et de disgrâces.

En quittant Besançon, M. Proudhon ne rompit point les liens qui l'attachaient à sa province d'origine. Sa patrie adoptive ne lui fit jamais oublier ses montagnes, ses amis de Franche-Comté. Il s'intéressait à ses compatriotes avec un zèle, avec une sorte de partialité qui l'honorent. C'est surtout parmi les enfants des montagnes qu'on remarque cet inviolable attachement au sol, aux mœurs, aux traditions locales, qui s'effacent beaucoup trop peut-être dans notre France centrale, sans profit pour la liberté et pour la civilisation.

A Dijon, les succès du professeur de la première chaire du Code civil, devenu bientôt directeur et doyen de l'école de droit, ne furent pas moindres que ceux du professeur de l'école centrale de Besançon. A Dijon fut composé et publié le livre sur l'*État des personnes*. Cet ouvrage fut l'un des premiers qui se publièrent sur le Code civil, et le Code civil était alors une magnifique chose : il s'appelait *Code Napoléon* et empruntait une part encore de sa renommée à la colossale renommée du maître. C'était la première fois qu'un grand empire moderne était en possession d'un code unique; et, cette entreprise d'unité et de codification, déjà rêvée par les rois de France, décrétée par l'assemblée constituante et les autres assemblées politiques, avait eu besoin, pour se réaliser, d'une épée victorieuse et d'une puissance souveraine non contestée. En dehors de la guerre et des triomphes nationaux de l'armée, l'unité toute nouvelle de législation était donc l'événement le plus éclatant du règne qui commençait au milieu d'un profond sommeil politique. Malgré l'exclamation du maître, qui s'écria, dit-on, à l'apparition des premiers commentateurs du Code civil : *Les malheureux ! ils vont me gâter mon Code !* on conçoit quelle sorte de réputation et de popularité devait s'attacher à ceux qui les premiers unissaient leur nom à l'œuvre immortelle d'un grand homme que, de toutes parts, l'Europe a voulu ou voudra imiter. M. Proudhon saisit cet à-propos, et désormais sa réputation devint inséparable de la législation napoléonienne sur laquelle il avait écrit.

On remarquait dans le livre sur l'*État des personnes*, publié en 1810, cette force de discussion, cette propriété de style, cette proportion des parties, que l'auteur n'a jamais surpassée, ou peut-être même jamais égalée depuis. Mais il fut dans d'autres livres plus profond et plus savant encore.

L'empire, abandonné par la victoire, tomba une seconde fois devant la coalition de l'Europe. Les premiers jours pénibles et ardents qui suivent d'ordinaire la transition d'un pouvoir à un autre pouvoir, interrompirent d'abord les habiles leçons du doyen, qui expiait ainsi la vivacité de sa reconnaissance pour le décret de Munich, et le souvenir d'une fameuse préface dédicatoire, adressée à l'archichancelier. Des motifs de crainte et de précaution firent suspendre le cours de M. Proudhon par la commission d'instruction publique, dont le président, qui fut depuis l'*élu des sept collèges*, ne tarda point à le restituer, même pour le passé, dans l'intégrité de sa position universitaire.

Rendu à son repos et à sa chaire, M. Proudhon retrouva tout l'éclat de son enseignement et l'affluence accoutumée de ses auditeurs. Il préparait à loisir les immenses matériaux de son *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, qui est comme le résumé de sa science du droit civil, et qui restera dans l'opinion des jurisconsultes son meilleur titre de gloire : il le finit en 1827.

Composer avec cinquante-huit articles du Code civil neuf volumes in-8°, ramener à une matière spéciale la plupart des grandes difficultés, je devrais dire presque toutes les matières du droit ; condenser ainsi toute la science autour d'un point, l'éclairer par des discussions lumineuses, la féconder par des dissertations où rien n'est oublié, où tout est creusé, épuisé ; créer des systèmes ingénieux, promulguer des idées nouvelles, sans se lais-

ser subjuguer par les décisions variables de la jurisprudence, cette tyrannie des esprits superficiels et timides : voilà l'œuvre que M. Proudhon sut mener à bout, avec les labeurs incessants de quinze années.

Entre tous autres mérites, il eut, dans ce travail, l'honneur de devancer et de préparer le Code forestier. La législation nouvelle n'a pas toujours sanctionné ses doctrines ; mais ce n'était pas moins un travail tout à fait neuf que celui où il discutait le droit d'*usage dans les forêts*, et il fallait un homme habitué à vivre dans les grandes forêts, au milieu des sapins de la patrie, pour jeter sur un pareil sujet tant de connaissances pratiques et de vues applicables. Aussi rapporte-t-on qu'il disait, dans sa sincérité d'auteur et dans la conscience de ses forces : « Mon livre, c'est comme ma maison de campagne, des murs de six pieds d'épaisseur. »

Dans le *Traité du domaine public*, imprimé en 1833, se retrouvent les qualités du maître. On voit bien d'ailleurs que les matériaux en avaient été recueillis auparavant ; car M. Proudhon, déjà fort avancé en âge, n'aurait pas eu la force, de 1827 à 1833, de composer cinq volumes tout à fait neufs, sur des doctrines qui touchent souvent aux questions administratives, si différentes de ses premières publications.

C'était un beau dessein de rassembler les éléments épars de la jurisprudence administrative, qui a bien une législation de tout âge, de toute opinion, de tout gouvernement, mais qui n'a point encore de code et d'unité. En cela même, M. Proudhon avait un singulier honneur ; car, après avoir identifié et comme incarné son talent dans l'époque impériale et dans ses lois civiles, il avait la pensée et le pressentiment des besoins nouveaux, des nécessités plus modernes ; et sa vie de labeurs se faisait ainsi une grande place dans deux époques bien distinctes. La même habileté de discussion se révèle dans le *Traité du domaine public*, et si quelques-uns lui reprochent, comme au *Traité de l'usufruit*, quelques longueurs de rédaction et quelques négligences de style, qu'ils n'oublient pas que ces légers défauts sont bien compensés, et pour ainsi dire expliqués, par une habitude de clarté extrême, de méthode parfaite, et de discussion complète qui n'oublie jamais la moindre raison, ni la moindre objection. On ne s'attendait guère aux richesses que, dans ce livre, il emprunte aux lois romaines, dont il fait souvent les applications les plus ingénieuses. A un ami qui le complimentait et s'étonnait de ce qu'il avait trouvé tant de choses dans les *Pandectes* : « Vous ne saviez donc pas, répondit-il joyeusement, qu'il y avait du temps des Romains des rivières et des grands chemins ! » La codification administrative profiterait largement des écrits de M. Proudhon ; et, même alors que toutes ses opinions ne seraient point adoptées, on ne saurait nier que la plupart des difficultés graves y sont largement débattues.

Enfin, et comme s'il eût songé à se faire un testament digne d'un vrai jurisconsulte, il laisse après lui, et prêt à paraître, un *Traité du Domaine de propriété*, complément naturel du *Traité du domaine public*, et dans lequel, nous n'en doutons pas, on retrouvera les résultats accoutumés de son expérience, et la profonde sagacité des études de la force de son âge, qu'il recueillait comme des souvenirs.

C'est dans cet ouvrage qu'on lira ses idées sur la *distinction des biens*, dont sa mémoire détacha un fragment, au mois d'août dernier, pour se faire entendre de M. Dupin, qui le lui demanda avec respect et comme une faveur. Cette séance mémorable eut pour le vieux doyen un succès d'attendrissement et de larmes. On eût dit que M. Proudhon pressentait lui-même, comme l'inspecteur général de l'école, que c'était la dernière fois que sa voix se faisait entendre dans sa chaire, et que cette douce ovation ne reviendrait plus pour lui.

Il voulait, disait-il, *mourir sur la brèche*, et il a tenu parole. La veille du jour où il monta en voiture pour revenir exactement à son poste, il finit encore un chapitre du livre qu'il nous lègue.

On pourrait donc, sans effort, comparer la mort de cet homme laborieux et octogénaire à la belle mort de Pétrarque, que son domestique surprit un soir la tête penchée sur ses livres : on crut d'abord qu'il dormait, il était mort.

Sous la restauration, des honneurs politiques faillirent surprendre M. Proudhon, et la chambre des députés s'ouvrir devant lui par les suffrages de ses compatriotes ; il fut même question de le faire passer à la Cour de cassation : mais nous ne savons s'il ne faut pas se réjouir qu'il soit resté simple professeur. Sans doute il eût pu rendre de grands services à la préparation des lois ou arrêts de la cour souveraine, mais il eût perdu dans cette préoccupation nouvelle les loisirs qui ont valu à la science de nouveaux trésors.

Vous n'attendez pas de moi, messieurs, que je caractérise devant vous le talent du professeur. Chacun sait avec quel éclat il a transmis son savoir au plus grand nombre des hommes qui remplissent aujourd'hui les fonctions de la magistrature et du barreau dans cette province et dans les provinces voi-

sines. Presque tous ceux qui m'écoutent l'ont entendu lui-même, et ont pu voir quelle nombreuse jeunesse se pressait à ses cours pour recueillir sa parole, dans laquelle on ne surprit, pour la première fois, un peu d'affaiblissement qu'après la mort de madame Proudhon.

Cette parole était lente, familière, quelquefois negligée, mais claire, précise, logique. Il avait conservé sa simplicité de formes, et jusqu'à l'accent des montagnes. Il savait se mettre à la portée de tous ses auditeurs, et faire saisir par de jeunes intelligences toutes les nuances de sa pensée doctrinale et les difficultés des plus compliquées du droit. C'était son art : et telle était sa méthode, sa lucidité, sa manière de présenter une démonstration sous des formes diverses, que chacun pouvait non-seulement le comprendre, mais écrire toutes les suites et les résultats de son raisonnement.

La jeunesse le respectait pour sa science, et l'aimait pour ses habitudes paternelles et familières. Il n'est pas jusqu'à une faute de langage, devenue célèbre dans les fastes de l'école de droit, et que M. Proudhon répétait fidèlement, tous les trois ans, au même jour et à la même heure, qui n'ait contribué à sa popularité. Mais sa bonhomie était fine, et sa simplicité pleine de nerf et souvent d'esprit, comme son caractère plein de volonté, son expression plus d'une fois vive et pittoresque.

S'il m'était permis de descendre dans sa vie privée, j'aurais pu dire encore son esprit de famille, ses mœurs patriarcales, ses inclinations charitables : mais c'est aux siens, à ceux qui l'ont intimement connu de parler de ses vertus domestiques.

Les distinctions honorifiques ne manquèrent point à cette belle vie. L'ordre des avocats de Dijon le plaça plusieurs fois à sa tête ; deux fois, depuis 1830, les insignes de la Légion d'honneur, qui s'étaient fait trop attendre, vinrent glorifier ses dernières années. Il devint correspondant de la nouvelle classe de l'Institut, l'Académie des sciences morales et politiques ; ses livres eurent un grand succès, un succès de renommée et de fortune. Son nom fut cité devant les tribunaux et dans les livres, à côté de ceux du célèbre Merlin, de Toullier, qui fut son correspondant et son ami ; et l'on doit dire avec justice qu'il ne fut inférieur à aucun de ses contemporains qui traitèrent avec le plus de distinction les mêmes matières que lui. Sous le rapport du style même, il a souvent des qualites qu'ils n'ont pas, et il lui arrive d'exprimer sa pensée avec une profondeur originale et une netteté nerveuse que tous n'ont pas égalées. Son nom, dans la science, survivra, à celui de son rival, en politique autant au moins qu'en enseignement, M. Delvincourt.

Mais telle est la destinée des plus fameux jurisconsultes, que leurs plus beaux ouvrages sont quelquefois trop tôt dévorés par les caprices d'une législation mobile. Ils ont éclairé la jurisprudence, débrouillé les textes, aplani les difficultés, préparé les réformes législatives, et puis arrive l'ingrat législateur qui les oublie en les copiant, et efface par une seule ligne, par un seul article de loi, cent volumes de commentateurs.

N'est-ce pas une raison d'honorer davantage ces hommes dévoués pour qui la postérité peut finir si vite, et qui pourtant rendent à l'État et au pays des services moins éclatants peut-être qu'illustres, mais quotidiens, mais incessants, et qui touchent de si près à nos intérêts les plus chers? Ils n'ont point gagné des batailles ou révolutionné tout un peuple du haut d'une tribune politique ; leur renommée ne peut être universelle et comprise de la foule : que les hommes d'étude du moins leur vouent, au fond de leur cœur, un culte de vénération et de reconnaissance !

Tel a été M. Proudhon : il est peu d'hommes qui aient traversé des temps mauvais et difficiles avec plus de pureté que lui ; et, en vérité, à cette carrière si longue, si honorable, si honorée, si bien remplie, nous ne savons ce qu'on pourrait ajouter ou retrancher.

(*Revue de Législation.*)

X.

Droit Criminel.

MAGISTRAT. — LETTRE. — INJURE.

DISSERTATION

PAR NICIAS GAILLARD, PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL A LA COUR DE POITIERS.

L'article 222 du Code pénal qui punit l'outrage par paroles, commis contre un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire, dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de cet exercice, s'applique-t-il à l'injure contenue dans une lettre, non rendue publique, qui aurait été adressée à un magistrat, aussi bien qu'à l'injure verbale et proférée de vive voix ?

Trois arrêts récents de la cour de cassation, l'un du 15 juin 1837, l'autre du 8 septembre de la même année, le troisième du 2 juin 1838, ont résolu affirmativement cette question. C'est aussi dans ce sens que Merlin s'est prononcé. Il semble donc qu'il y ait de la témérité à venir proposer une solution contraire. Toutefois la question est une de celles sur lesquelles la jurisprudence de la cour de cassation trouve de l'opposition parmi les cours royales : l'arrêt du 2 juin 1838 cassait une décision de la cour de Poitiers; l'affaire renvoyée devant la cour d'Angers, cette cour a jugé dans le même sens que la première cour royale. La cour de cassation elle-même n'a pas toujours été du même avis sur la question; et elle ne l'a point encore tranchée par arrêt rendu chambres assemblées. Il est donc permis d'examiner de nouveau. La cour suprême est assez haut placée pour qu'elle puisse s'appliquer ce mot d'un empereur : *Pro* LEGE *servandâ et nobis patimur contradici cui etiam oportet obediri.* Dans tous les cas, si je me trompe, une erreur sans autorité ne saurait avoir de dangereuses conséquences (1).

« L'article 222 du Code pénal ne distingue » pas entre le cas où les paroles ont été pro- » férées publiquement ou en présence de té- » moins et le cas où elles l'ont été dans un » tête-à-tête. Or outrager un magistrat par » une lettre qu'on lui adresse, n'est-ce pas la » même chose que de l'outrager de vive voix ? » *Per epistolam præsens absenti loquitur,* » dit Mascardus, Traité *de probationibus*, » Const. 557, n° 6. » C'est ainsi que s'exprime Merlin (2).

« Attendu, dit (3) de son côté la cour de » cassation, que pour l'application de l'arti- » cle 222 du Code pénal, il n'est pas néces-

(1) Cette erreur serait partagée par MM. Chauveau et Hélie, qui, après avoir combattu, dans leur *Jurisprudence criminelle*, l'arrêt du 15 juin 1837, ont reproduit leurs observations, fort sages, selon moi, dans le 4e vol. de leur *Théorie*.

(2) Au Répertoire, voy. *Lettre missive*, p. 393 de la 5e édition, en note.

(3) Arrêt du 2 juin 1838. Je choisis cet arrêt qui, je crois, n'est pas imprimé, parce qu'il est le plus récent et qu'il me semble être le plus fortement motivé.

» saire que l'offenseur et le magistrat offensé » aient été en présence l'un et l'autre, ni que » l'outrage ait été fait publiquement; que la » protection de la loi est moins accordée à la » personne qu'au caractère dont le magistrat » est revêtu et à la société qu'il représente; » qu'il importe donc que les dépositaires de » l'autorité publique soient efficacement pro- » tégés dans tous les actes de leurs fonctions » et dans tous les rapports qu'ils ont en cette » qualité avec les citoyens, même dans ceux » qui n'ont pas de publicité;

» Que les expressions *outrages par paro-* » *les* ne doivent pas être restreintes à la signi- » fication d'une injure purement verbale et » proférée de vive voix; que dans le sens » grammatical et par leur généralité, elles » comprennent aussi bien le discours écrit » que le discours parlé, et qu'elles s'appli- » quent nécessairement à l'outrage contenu » dans une lettre missive adressée à un ma- » gistrat à l'occasion de l'exercice de ses » fonctions.

» Que si cette interprétation n'était pas ad- » mise, ce genre d'outrage, toujours aggravé » par la préméditation, échapperait à toute » répression et laisserait une lacune dans la » loi, celles des 17 mai 1819 et 25 mars 1822 » ne statuant que pour le cas de publicité, et » l'article 376 du Code pénal, comme l'indi- » que la rubrique du titre sous lequel il est » placé, n'étant relatif qu'à l'injure commise » envers les particuliers; mais que la sage » prévoyance du législateur ne permet pas » cette supposition... »

Voilà donc les raisons sur lesquelles s'appuie ce système: les unes tirées du texte de la loi, étendu par l'interprétation; les autres empruntées à des considérations morales.

Je répondrai d'abord à celles-ci; et, reconnaissant ce qu'elles peuvent avoir de gravité, je n'en dirai pas moins avec assurance qu'elles ne sauraient être décisives.

Oui, sans doute, il importe que les dépositaires de l'autorité soient entourés du respect des citoyens, et je sais que nos mœurs publiques ont, à cet égard, beaucoup à gagner; mais il s'agit ici d'appliquer une loi et non pas d'en faire une nouvelle. Or conclure qu'une chose est *ainsi*, parce que c'est *ainsi* qu'elle doit être, c'est en général s'exposer à bien des mécomptes. Outre qu'on ne s'entend pas toujours sur *ce qui doit être*, y a-t-il donc tant d'exemples de cet exact rapport des choses avec leur objet? Raisonner comme s'il existait toujours, cela n'irait à rien moins qu'à supposer la perfection dans les œuvres humaines.

On dit : La loi est sage et prévoyante. A-t-elle pu ne pas prévoir un cas si fréquent? a-t-elle pu laisser sans défense un intérêt si grave?... Il est vrai, la loi est sage, mais d'une sagesse humaine: et la sagesse humaine est bien étroite (1). Quelle est la loi qui ait tout prévu, qui satisfasse à tout? Pour expliquer cette insuffisance, il suffirait de la seule marche du temps. Nous interprétons les lois que le passé nous a laissées, avec les idées, avec le sentiment des intérêts et des besoins du présent. De cette manière, nous devons savoir moins bien ce qu'elles sont et dans quel esprit on les a faites, que ce qu'elles seraient et dans quel esprit on les ferait aujourd'hui; car les lois aussi sont de leur temps.

Pourtant il en est desquelles on pourrait dire qu'elles n'en sont pas. Datées d'une époque, elles remontent en réalité au delà. Les législateurs, en effet, ceux-là mêmes qui ont le plus la prétention d'innover, empruntent beaucoup à leurs prédécesseurs. Il est des dispositions qui vont se reproduisant dans les législations successives, toujours telles qu'elles étaient d'abord, et qui vivent ainsi plusieurs âges de lois, c'est-à-dire, selon les temps, des années ou des siècles. Si, sur les choses auxquelles elles se rapportent, le législateur avait eu à statuer par disposition nouvelle, il est à croire qu'il ne les aurait pas réglées de la même manière en tout point; mais, trouvant la loi faite, il l'a prise, sans remarquer assez les modifications que la différence des temps et des régimes rendait nécessaire.

Certes il y aurait sujet de s'étonner que le Code impérial de 1810 n'eût pas suffisamment protégé les hommes revêtus des fonctions publiques. A cette époque, la société n'était pas encore remise de ces longs troubles qui l'avaient remuée de fond en comble; elle avait soif de l'ordre, qu'un pouvoir fortement constitué pouvait seul lui rendre. Il y avait là d'ailleurs un homme qui ne voulait du pouvoir qu'ainsi fait, et qui savait qu'il fallait que l'autorité fût respectée aux différents échelons pour l'être au sommet.

Mais cet étonnement diminue de beaucoup lorsqu'on apprend que la disposition dans laquelle il existe, sous ce rapport, une lacune, a été empruntée à une loi faite sous un régime tout différent, à la loi quasi-républicaine du 19-22 juillet 1791; car, en 1791, on songeait moins à donner des garanties au pouvoir qu'à la liberté! La législation est bien différente au commencement et à la fin des révolutions.

Il y avait bien une autre lacune dans cette

(1) *Angustia prudentiæ humanæ*. (Bacon, *Legum leges*, aph. x.)

disposition de l'assemblée constituante (1) ! elle punissait les outrages faits aux fonctionnaires publics dans l'*exercice de leurs fonctions;* mais quant aux outrages qui peuvent être commis contre eux *à l'occasion ou à raison de cet exercice*, elle n'en disait rien. Un magistrat, à peine descendu de son tribunal, est attaqué par un plaideur auquel il vient de faire perdre son procès : ce plaideur l'accuse d'injustice et de corruption. Le magistrat indigné recourt à la loi ; mais on oppose que la loi n'a pas prévu ce cas. Quoi ! un tel délit resterait sans répression ! L'outrage serait permis contre un magistrat, pourvu qu'il ne vînt pas le frapper sur son siége même ! Eh ! qu'importe qu'on l'insulte *dans* ses fonctions ou *à raison de* ses fonctions? C'est toujours l'homme de la justice qu'on outrage ; c'est la justice, c'est la société tout entière qu'on attaque en lui !...

On disait cela devant la cour de cassation, et cela était incontestablement vrai du point de vue moral et politique; mais il s'agissait de l'application d'une loi pénale. La cour de cassation rejeta cette assimilation : « Attendu » que, quelque analogie qu'il puisse y avoir » dans l'une et l'autre espèce, il n'appartient » pas à la cour de cassation d'étendre la disposition de la loi, du seul cas qu'elle exprime à un autre sur lequel elle ne s'est » point expliquée (2). »

C'est qu'en effet cela *n'appartient* qu'au législateur. Si l'expérience montre que la loi est incomplète, c'est à lui de compléter la loi. Il *commande*, il *défend*, il *permet*, il *punit;* qu'il défende d'abord, puis qu'il punisse ! Il aura *averti avant de frapper*. Mais ajouter par l'interprétation au texte de la loi pénale, créer ainsi après coup un crime, un délit : ce serait frapper avant d'avoir averti ; ce serait méconnaître ce grand principe qui est bien moins une disposition de droit positif qu'un cri de la conscience : « Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent » être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis (3). »

J'ai insisté sur ces principes, parce que c'est surtout (on l'a pu voir) sur des considérations d'intérêt public que s'appuie le système que j'ai entrepris de combattre; et je sais de quelle influence sont ordinairement les considérations de ce genre. Malgré notre fermeté stoïque à nous proclamer les esclaves du texte, ne prétendant *qu'à la gloire d'obéir*, il peut arriver que nous inclinions la loi du côté vers lequel nous penchons nous-même. Mais maintenant qu'il ne s'agit plus, nous le savons mieux, de ce que devait être la loi, voyons ce qu'elle est.

« Lorsqu'un ou plusieurs magistrats de » l'ordre administratif ou judiciaire auront » reçu, dit l'article 222 du Code pénal, dans » l'exercice de leurs fonctions, ou à l'occasion de cet exercice, quelque outrage par » paroles tendant à inculper leur honneur ou » leur délicatesse, celui qui les aura ainsi » outragés sera puni d'un emprisonnement » d'un mois à deux ans.

» Si l'outrage a eu lieu à l'audience d'une » cour ou d'un tribunal, l'emprisonnement » sera de deux à cinq ans. »

L'article 223 ajoute : « L'outrage fait par » gestes ou menaces à un magistrat dans » l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion » de cet exercice, sera puni, etc. »

Voilà des dispositions qui semblent fort claires. La loi qualifie *outrages* les injures faites aux fonctionnaires publics, aux magistrats notamment, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Il y a des outrages de différentes sortes : outrages par paroles, outrages par écrit, outrages par gestes ou menaces. L'article 222 punit les outrages par paroles ; l'article 223, les outrages par gestes ou menaces : quant aux outrages par écrit, il n'en est question ni dans l'un ni dans l'autre article. Donc ni l'un ni l'autre ne les punit.

Comment cela s'est-il fait? Est-ce, comme des jurisconsultes l'ont pensé (4), que la loi n'a voulu ériger en outrages, pour les punir, à ce titre, plus sévèrement, que les injures commises contre le magistrat en présence du magistrat lui-même, ces injures insolentes qui viendraient l'attaquer en face ? C'est bien surtout ainsi, s'emportant à la vue de la personne à laquelle il s'adresse, que nous nous représentons l'outrage par paroles et l'outrage par gestes. Et quand nous voyons la loi s'occuper avant tout de l'outrage reçu par le magistrat dans l'exercice de ses fonctions, et craindre (pour ce cas, ses sévérités redoublent) que le délit ne se commette à l'audience d'une cour ou d'un tribunal, dans le sanctuaire même de la justice, il semblerait peu extraordinaire qu'elle eût entendu établir une différence entre ces audacieux défis, cette sorte de voie de fait, et l'injure, pour ainsi dire *absente*, qui attaque le magistrat sans

(1) Art. 19 du tit. II de la loi 19-22 juillet 1791.

(2) Arrêt du 10 décembre 1809. Au Répertoire, v° *Injure*, n. 2.

(3) Art. 4 du Code pénal.

(4) M. Rauter et les auteurs de la Théorie du Code pénal.

le braver, ou cette autre injure qui se renferme dans un écrit dont le fonctionnaire injurié aura seul connaissance, et que, d'un mouvement, il pourra anéantir.

Ou bien est-ce seulement une omission du législateur, qui n'aurait songé qu'au cas le plus grave et le plus propre à troubler la paix publique, à peu près comme le législateur de 1791 n'avait prévu que l'outrage reçu par les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, oubli beaucoup plus fréquent dans les lois que nous ne le supposons avec nos idées de perfection imaginaire? Je ne sais; mais toujours est-il qu'il n'y a dans les articles 222 et 223 du Code pénal que ce que chacun peut y voir, et qu'il est aussi vrai que l'outrage par écrit n'y est pas, qu'il l'est qu'on y trouve l'outrage par paroles et l'outrage par gestes ou menaces.

Vous vous trompez, me dit-on; l'outrage par écrit s'y trouve aussi. — Mais où donc? — Il est renfermé dans ces mots de l'art. 223: *Outrages par paroles*. Sans doute cela veut bien dire, comme il vous a paru, outrage verbal; mais cela veut aussi dire outrage écrit. Ces deux choses y sont en effet, « l'écriture » n'est qu'une *parole* écrite (1)... » Outrage par parole, « cette expression générale com» prend aussi bien le discours écrit que parlé.» Tel est même « le sens grammatical (2). » La loi « s'applique donc *nécessairement* à l'ou» trage contenu dans une lettre missive adres» sée à un magistrat à l'occasion de ses fonc» tions. »

Je ne sais si je me fais illusion, mais je suis persuadé qu'il n'est personne qui ne trouvât ce langage extraordinaire, s'il n'émanait pas d'une autorité aussi respectable. On a dit que *les idées les plus simples sont les plus sûres;* et cette maxime doit être vraie surtout quand il s'agit d'interpréter les lois. « Les » lois, dit Montesquieu (3), ne doivent point » être subtiles; elles sont faites pour des gens » de médiocre entendement. Elles ne sont » point un art de logique, mais la raison » simple d'un père de famille... Le style des » lois doit être simple. » S'il en est ainsi, et si les lois veulent être interprétées avec simplicité, comme elles ont été faites, je ne crains pas de dire que l'interprétation qu'on propose est déjà condamnée, car, loin qu'elle soit naturelle et se présente d'abord, il faut que l'esprit fasse effort et se tourmente pour la trouver. Supposons que nous ayons à exprimer l'idée qu'on prête au législateur; pour faire entendre outrage écrit, dirions-nous outrage par paroles?

L'expression est générale! Oui, sans doute, elle est générale, en ce sens qu'elle comprend tous les outrages de l'espèce indiquée par la loi: la loi ne pouvait descendre dans le délai infini des paroles outrageantes; mais elle ne l'est pas en ce sens que l'outrage par paroles comprenne l'outrage par écrit et que l'un soit *genre* par rapport à l'autre. L'une et l'autre expression sont également étendues. L'outrage par paroles est une *espèce* d'outrages, et l'outrage par écrit en est une autre. Chaque espèce est distincte, et a, si je puis ainsi dire, son domaine à part (4).

Cependant le système que je combats prétend avoir pour lui le *sens grammatical*, le mot *parole* comprenant aussi bien *le discours écrit que le discours parlé*. Je ne puis admettre que ce soit là le sens naturel, l'acception propre de ce mot.

Consultons l'usage, *quem penes arbitrium est et jus et norma loquendi*. Ce maître du langage nous répondra par un exemple: *Les paroles volent, les écrits restent* (5). C'est un dicton populaire. Les deux choses que l'on veut confondre y sont fort nettement distinguées.

Puisqu'il s'agit d'une querelle grammaticale, prenons l'Académie pour juge. « *Pa» role,* mot prononcé. » Voilà sa définition; c'est aussi la nôtre. L'outrage *par parole* est donc l'outrage *prononcé,* proféré de vive voix, l'outrage verbal.

Ce n'est pas que je veuille prétendre que le mot *parole* ne soit jamais employé que dans cette acception exacte et rigoureuse. Je sais quelle est la liberté du langage figuré. Quand le poëte définit l'écriture:

. . . . Cet art ingénieux
De peindre la parole et de parler aux yeux,

J'applaudis à cette heureuse hardiesse. Mais le langage de la loi ne peut être celui de l'éloquence ou de la poésie. La métaphore n'est

(1) Arrêt du 15 juin 1837.
(2) Arrêt du 2 juin 1838.
(3) *Esprit des Lois,* liv. XXIX, chap. 16.
(4) « *Injure* (est-il dit au Répertoire, à ce mot), » outrage par paroles ou par écrit, ou par voie de fait. » — *Les injures par paroles* se commettent lors» qu'en présence de quelqu'un ou en son absence, on » tient contre lui des propos injurieux, etc. — *Les » injures par écrit* se commettent lorsque l'on com» pose ou l'on distribue des chansons ou d'autres écrits » diffamatoires contre quelqu'un..... » Chaque espèce est donc bien distincte, et la différence des mots ne vient que de celle des choses.
(5) Les écrits *restent*, mais non pas ceux qui ne se trouvent qu'entre les mains des personnes intéressées à les anéantir. Ces écrits-là ne *restent* qu'autant que ces personnes le veulent bien.

guère à son usage. Il ne faut donc pas chercher des images dans la simplicité de son style ; il ne faut pas surtout, comme il arriverait ici, prendre les mots dont elle s'est servie à la fois dans leur sens propre et dans un sens figuré. Écoutons encore Montesquieu : « Je dis que dans les lois (et ce n'est pas seulement quand on les fait, mais aussi bien » quand on les interprète et les applique) il » faut raisonner de la réalité à la réalité, et » non pas de la réalité à la figure ou de la figure à la réalité (1). »

Je citerai un exemple qui me paraît bien propre à mettre en évidence le danger qu'il y aurait à *raisonner*, en interprétant les lois pénales, *de la réalité à la figure*.

« Pline rapporte que le peintre Clexidès, » ayant été peu favorablement reçu de la reine » Stratonice, pour se venger d'elle en partant » de sa cour, y laissa un tableau dans lequel » il la représentait couchée avec un pêcheur » qu'elle était soupçonnée d'aimer. » Cette peinture, remarque l'auteur auquel j'emprunte ce passage (2), « était beaucoup plus » offensante qu'un libelle que le peintre eût » écrit contre la reine. » Aussi a-t-il dit d'abord : « On peut mettre dans la même classe » (c'est-à-dire dans la classe des injures par » écrit) les peintures injurieuses, qui sont » une autre manière de divulguer les faits *et,* » *pour ainsi dire, de les écrire ;* » et c'est à l'appui de cette proposition qu'il rapporte l'exemple que je viens de citer (3). Cette assimilation, du reste, est passée de notre ancienne jurisprudence dans notre nouvelle législation. La loi du 17 mai 1819 punit l'injure et la diffamation publiques aussi bien quand elles sont commises par le moyen de *dessins, gravures, peintures ou emblèmes*, que lorsqu'elles résident dans des paroles ou dans des écrits.

Maintenant je suppose qu'un tableau de ce genre, *un pourtraict diffamatoire*, comme s'exprimaient nos anciennes ordonnances, au lieu d'être exposé publiquement, cas prévu par la loi de 1819, soit secrètement envoyé, comme le serait une lettre missive injurieuse, à un fonctionnaire public que l'auteur veut outrager ; je suppose qu'on y ait représenté un magistrat recevant des présents, ou se faisant payer, par des faveurs criminelles, d'un arrêt qu'il vient de rendre. Quel sanglant outrage !... Eh bien ! cet outrage est-il compris, aussi lui, dans la *généralité* des termes de l'article 223 ?

Pourquoi non ? cet article, on le sait, « n'est pas limitatif (4). » Si les peintures injurieuses sont assimilées aux écrits injurieux, aux injurieuses paroles, quand il s'agit de l'injure publique et quelle que soit la personne injuriée, pourquoi en serait-il autrement de l'injure non publique, du moins lorsqu'elle est dirigée contre un dépositaire de l'autorité, un magistrat dans l'exercice ou à raison de l'exercice de ses fonctions ? Les jurisconsultes trouvaient autrefois qu'il y avait moins loin de l'outrage par dessins et peintures à l'outrage par écrit que de celui-ci à l'outrage par paroles, puisque l'outrage par paroles et l'outrage par écrit constituaient à leurs yeux deux classes différentes d'outrages, tandis qu'ils ne faisaient qu'une seule et même classe de l'outrage écrit et de l'outrage en peinture ; pourquoi en serait il autrement aujourd'hui. L'écriture est *une parole écrite,* dit-on ; pourquoi la peinture ne serait-elle pas *une parole peinte?* c'est bien d'elle que le poëte pourrait dire qu'elle *peint la parole et qu'elle parle aux yeux*. Il n'était que trop *parlant*, le tableau du peintre Clexidès !

Et pourtant je n'imagine pas qu'on puisse sérieusement soutenir que les tableaux, les dessins injurieux, et tout ce qu'a depuis détaillé, pour l'injure et la diffamation publique, l'article 1er de la loi du 17 mars 1819, se trouvaient déjà compris, quant aux outrages non publics contre les magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire, dans les expressions prétendues générales de l'article 222 du Code pénal ; mais j'ai voulu faire voir jusqu'où, de figure en figure, pourrait aller la liberté de l'interprétation.

Sortons de cette voie dans laquelle une première erreur pourrait nous conduire à tant d'autres. Ce n'est pas avec l'imagination qu'on interprète les lois pénales : c'est déjà un malheur qu'elles aient quelquefois besoin d'être interprétées. Nos lois positives ne sont pas comme ces lois éternelles et innées que promulgue assez la conscience : *lumière vraie qui illumine tout homme venant au monde ;* elles ne sont que ce que la main de l'homme les a faites, et elles pourraient ne pas être. Il faut donc qu'elles déclarent hautement et sans équivoque quelles sont les actions qu'elles prohibent et punissent. « Il importe tant que » la loi soit certaine, dit Bacon (5), que sans » cela elle ne saurait être juste. » Certes il serait dur de punir « un de ces hommes de

(1) Liv. XXIX, chap. 16.
(2) Répertoire, v° *Injure*.
(3) On peut voir aussi ce que dit à ce sujet Dareau, dans son *Traité des injures*, noté par Fournel, t. Ier, p. 104.
(4) Arrêt du 15 juin 1837.
(5) Sect. I, *De prima dignitate legum*, aph. VII.

» médiocre entendement, » pour qui sont faites les lois, parce que, s'arrêtant au sens propre d'une disposition pénale, il n'en aurait pas pénétré le sens figuré.

Ici d'ailleurs, s'il était vrai que les expressions dont la loi s'est servie fussent susceptibles de recevoir une autre signification que cette signification simple et naturelle qui se présente d'elle-même et d'abord satisfait l'esprit, ne conviendrait-il pas d'expliquer les dispositions, maintenant en vigueur, par celles auxquelles elles ont succédé, conservant le même sens aux mêmes mots? Je l'ai dit, l'article 19 du titre II de la loi du 19 juillet 1791 a fourni au Code de 1810 au moins le germe de ses articles 222, 223 et 224. Le nouveau Code a fait trois articles de ce qui n'en était qu'un; il a sagement distingué entre les différents ordres de fonctionnaires publics, et gradué la peine sur la gravité du délit, selon les personnes et même selon les lieux; il a comblé cette grande lacune qui laissait sans répression l'outrage commis contre le fonctionnaire *à raison ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions;* il a enfin déterminé le caractère que doit présenter l'outrage : il n'y a outrage qu'autant qu'il y a *inculpation contre l'honneur et la délicatesse;* mais, du reste, il a conservé pour qualifier le délit, les termes dont la loi de 1791 s'était servie : *outrage par paroles, outrage par gestes.* Or il est incontestable que, dans la loi de l'assemblée constituante, cette expression *outrage par paroles* ne comprenait pas l'outrage par écrit.

C'est ce qui résulte évidemment de la combinaison des articles 18 et 19 de cette loi, titre II.

Article 18. « *Quant aux simples injures » verbales, si elles ne sont pas adressées » à un fonctionnaire public en exercice de » ses fonctions,* elles seront jugées dans la » forme établie en l'article 1er du décret sur » l'organisation judiciaire. »

Article 19. « *Les outrages par paroles ou » par gestes faits aux fonctionnaires pu- » blics dans l'exercice de leurs fonctions* » seront punis d'une peine qui ne pourra ex- » céder dix fois la contribution mobilière, » d'un emprisonnement qui ne pourra excé- » der deux années. »

Dans ces deux articles, les mots *injures verbales* et ceux-ci, *outrages par paroles* répondent absolument à la même idée, avec cette différence que l'*injure verbale* est qualifiée *outrage par paroles*, quand elle est dirigée contre un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions. L'article 18 renvoie devant le juge de simple police *les simples injures verbales, si elles ne sont pas adressées à un fonctionnaire en exercice de ses fonctions;* l'article 19 attribue au juge de police correctionnelle *les outrages par paroles adressés à un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions:* donc l'article 19 statue sur le cas réservé par l'article 18; donc la différence dans la juridiction et dans la peine ne vient que de la différence des personnes auxquelles la même injure est faite; donc *l'outrage par paroles* n'est pas autre chose qu'une *injure verbale*, injure verbale que l'on pourrait appeler *qualifiée*, par opposition à celles que la loi appelle injures verbales *simples*.

Et, en effet, on jugeait constamment sous l'empire de la loi de 1791, c'est-à-dire jusqu'à la promulgation du Code pénal de 1810 (1), que les injures écrites, n'étant déclarées délit par aucune disposition légale, ne pouvaient donner lieu qu'à une action civile. Tous les auteurs en font la remarque (2), et vingt arrêts de la cour de cassation l'avaient ainsi jugé. Je n'en citerai qu'un, qui est de ventôse an XI : « Attendu, y est-il dit, que l'art. 7, » première division du titre II de la loi du » 19 juillet 1791, n'est, non plus qu'aucun » autre de ladite loi, ni d'aucune autre loi » criminelle, de police correctionnelle ni de » simple police, dans le cas d'être appliqué à » l'injure écrite, ces lois se taisant sur ces » sortes d'injures; d'où il suit qu'elles ren- » trent dans la classe générale des torts dont » on peut se plaindre, et pour lesquels on » peut obtenir des dommages-intérêts, en » s'adressant aux tribunaux civils.... »

Or maintenant, si dans les *outrages par paroles* la loi pénale ne comprenait pas alors les *outrages par écrit*, pourquoi en serait-il autrement aujourd'hui? Le sens des mots a-t-il changé? Le législateur s'est-il créé une langue nouvelle, différente du langage ordinaire et de celui qui jusqu'alors avait été suivi dans la rédaction des lois? Si le Code de 1810 voulait atteindre les outrages par lettres missives et, plus généralement, les outrages consignés dans des écrits non publics, que ne modifiait-il en ce sens l'article de la loi de 1791, comme il avait pris soin de le modifier sous le rapport que j'ai indiqué tout à l'heure? C'était chose si facile! il disait : *outrages par paroles;* il suffisait d'ajouter : *ou par écrit.* Dix-neuf années écoulées, un

(1) *Voir* l'art. 609 du Code de brumaire an IV.

(2) Notamment Carnot, Code d'instruction criminelle, t. Ier, p. 579.

grand nombre d'arrêts rendus depuis la loi de l'assemblée constituante signalaient assez la lacune au nouveau législateur; mais non, il corrige la disposition sur d'autres points, il la maintient sur celui-ci. Une expression s'y trouve, suffisamment claire par elle-même, et dont la signification d'ailleurs a été nettement déterminée par la jurisprudence, le législateur se l'approprie. A la bonne heure; mais en prenant les mots, il a pris aussi le sens des mots!

Maintenant je ne veux point examiner si, à défaut de l'article 222 du Code pénal, aucune autre disposition ne pourrait atteindre le fait dont il s'agit. MM. Chauveau et Hélie citent l'article 375; la cour de cassation, elle-même, considérait autrefois cet article comme applicable (1). A voir ainsi les choses, il y aurait répression, mais répression dérisoire, tant elle serait insuffisante. Peut-être vaut-il mieux, en pareil cas, déclarer le mal que de le déguiser par de vains palliatifs. On met ainsi le législateur en demeure; c'est à lui d'aviser.

(*Revue de Législation.*)

(1) Arrêt du 20 juin 1817 (Dalloz, t. XI, p. 115, n° 21.)

XI.

ENFANTS INCESTUEUX; — LÉGITIMATION PAR MARIAGE SUBSÉQUENT.

PAR THIERIET, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE STRASBOURG.

L'article 164 du Code civil accorde au roi le pouvoir de lever la prohibition, portée par l'article précédent, des mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.

La loi du 16 avril 1832 lui attribue le même pouvoir à l'égard de la prohibition, portée par l'article 162 du Code civil, des mariages entre beaux-frères et belles-sœurs.

Mais quand de pareils mariages ont été contractés en vertu des dispenses du roi, quel est le sort des enfants nés précédemment? En un mot, sont-ils légitimés par le mariage subséquent de leurs parents, en vertu de la disposition de l'art. 331 du Code civil?

Telle est la question agitée entre les jurisconsultes.

La négative a été soutenue par des arguments dont la force nous paraissait exclure toute réplique, par M. Valette, professeur à la faculté de droit de Paris, dans une Dissertation insérée dans ce recueil (t. 1er, 3e livraison, pages 200 et suiv.).

Mais dans une autre dissertation publiée immédiatement après, dans le même recueil (*ibid.*, p. 206 et suiv.), M. P. Pont, avocat à la cour royale de Paris, a soutenu l'opinion contraire.

La question a été décidée en sens contraire par les cours royales d'Orléans et de Grenoble.

Elle est donc loin d'avoir obtenu une décision certaine, définitive; et, à raison de l'intérêt qu'elle présente, nous croyons pouvoir apporter un léger tribut à la discussion qui n'est point encore épuisée.

Pour ne pas revenir, par une marche rétrograde, sur ce qui a déjà été dit, nous reprendrons la discussion au point où elle est parvenue, c'est-à-dire à partir de la dissertation de M. P. Pont, auquel nous nous proposons principalement de répondre, de même qu'il a répondu à M. Valette.

Et comme toute discussion doit tendre au but, s'en rapprocher à mesure qu'elle s'avance, et par conséquent se simplifier en se resserrant, commençons par écarter les considérations accessoires qui ne peuvent trancher la difficulté.

Ainsi ne nous attachons pas aux inconvé-

nients que M. P. Pont trouve à ne pas admettre la légitimation des enfants incestueux nés de beaux-frères et de belles-sœurs et d'oncle et nièce, ou réciproquement.

On pourrait y répondre en signalant d'autres inconvénients non moins graves résultant de cette légitimation; on pourrait insister sur la nécessité de défendre la morale et la pureté du foyer domestique en étouffant les espérances coupables; et puisque les nécessités de l'état social exigent une distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels qui doivent porter la peine de leur naissance, il n'y à pas plus d'injustice à établir une distinction pareille entre ceux qui, étant nés avant le mariage autorisé de leurs parents, sont réputés incestueux par la loi, et ceux qui, étant nés après, sont au contraire légitimes; car il s'agit de l'état civil, c'est-à-dire de l'état réglé par la loi civile et dépendant par conséquent de sa disposition souveraine.

Écartons également les arguments que l'on a prétendu tirer, de part et d'autre, du droit canonique. Ce droit est bien loin aujourd'hui de notre législation civile; il est sans aucune influence sur l'état civil des citoyens, comme il a été sans influence sur la rédaction de nos lois civiles, qui reposent sur des principes tout différents.

Nous ne saurions admettre davantage la distinction arbitraire indiquée entre les degrés de parenté qui produiraient un empêchement de droit naturel et ceux auxquels la loi civile aurait seule attaché cet effet. Où trouve-t-on la règle, où aperçoit-on la ligne qui séparent précisément un ordre de choses de l'autre et qui déterminent clairement le point où finit à cet égard le droit naturel et où commence le droit civil?

Nous n'en dirons pas autant des arguments puisés dans les discussions qui ont précédé et préparé la rédaction définitive du Code civil; car sans doute elles servent souvent à éclairer la loi, mais souvent aussi elles sont insignifiantes à cet effet, ne fournissent que des inductions plus ou moins forcées, plus ou moins obscures et peuvent même induire quelquefois en erreur. D'ailleurs ces documents auxiliaires ne peuvent jamais fournir que des moyens d'interprétation ; or il n'y a lieu à interprétation qu'autant que la disposition de la loi est obscure ou ambiguë. Mais toutes les fois qu'elle est claire et précise, elle se suffit à elle-même, elle domine, absorbe et exclut toute autre autorité, qui disparaît et reste sans force; en cas de contrariété, elle doit seule prévaloir.

Or ces considérations n'ont-elles pas toute leur portée en présence de textes aussi positifs que ceux de nos lois? car il est temps enfin d'aborder directement le fond de la question et de mettre le doigt sur les moyens péremptoires de décision. La loi du 16 avril 1832 ne fait qu'autoriser, en vertu de dispenses, des mariages prohibés absolument jusque-là; elle est muette sur l'état des enfants, lequel par conséquent reste entièrement soumis à la législation antérieure, qui est maintenue.

D'un autre côté, l'article unique de cette loi de 1832 n'est qu'une modification de l'art. 164 du Code civil, une addition d'un nouveau cas à celui qui était déjà prévu; en un mot, elle autorise pour les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs les dispenses que le Code civil permettait seulement entre les oncles et les nièces, les tantes et les neveux; il met ces deux espèces de mariages sur la même ligne. Ainsi tout ce que le Code civil établit à l'égard des oncles et nièces, et réciproquement, est maintenant applicable aux beaux-frères et belles-sœurs.

Eh bien, l'art. 331 de ce Code exclut positivement du bénéfice de la légitimation les enfants incestueux et adultérins; ce qui suppose le mariage des parents, seul moyen possible de légitimation, et le mariage avec dispense du roi, puisqu'il ne peut avoir lieu sans cette condition essentielle.

Que répondre à cela ? Il y a là plus qu'une objection embarrassante; il y a une décision législative, formelle, qui tranche la question et semble rendre toute objection, toute discussion impossibles.

M. P. Pont prétend d'abord que les enfants dont il est question ne sont pas incestueux, parce qu'il définit l'inceste : Un commerce illicite entre personnes qui, à raison de leur parenté, sont dans l'impossibilité *absolue* de se marier ensemble.

Mais cette définition semble faite ou pliée pour le besoin de la cause. Le mot *absolue* ajouté à cet effet est de trop et la prévision du cas de l'alliance y manque; ce qui tend à introduire arbitrairement une distinction contraire aux notions universellement admises, quoi qu'en ait dit M. de Malleville. L'inceste a toujours été défini : Un commerce illicite entre personnes entre lesquelles il existe un empêchement de mariage, pour cause de parenté ou d'alliance.

La généralité de cette définition, qui embrasse tous les cas, provient de ce que l'empêchement constitue la règle, tandis que la dispense qui vient le lever accidentellement et sur laquelle on n'a pas le droit de compter puisqu'elle peut ne pas intervenir, n'est qu'une exception.

En effet, supposez que le beau-frère et la belle-sœur ne se marient pas; oserait-on

prétendre que leur enfant n'est pas incestueux ? oserait-on réclamer pour lui la portion accordée par le Code aux enfants naturels qu'on a appelés bâtards simples ? Jamais. Or ce n'est pas le fait postérieur du mariage de son père et de sa mère qui peut changer sa qualité et effacer le caractère que la loi lui a imprimé à sa naissance? Il est donc pour toujours incestueux.

Aussi la doctrine de notre honorable adversaire M. Pont, soulève une nouvelle objection qui ne lui a pas échappé ; la voici :

Si les enfants dont il s'agit ne sont pas incestueux, l'art. 331, qui n'exclut que la légitimation des incestueux, ne les concerne pas ; mais les autres, que M. P. Pont considère seuls comme incestueux, parce qu'il existe entre les auteurs de leurs jours un empêchement absolu qui ne peut être levé, ne sauraient jamais être légitimés par cela même que le mariage de leurs parents est impossible. Que signifie donc le mot incestueux de l'art. 331? Il est donc sans portée et sans objet?

C'est ainsi, en effet, que M. P. Pont repousse cette objection. C'est alors qu'il pense que l'expression *incestueux*, insérée mal à propos dans la loi, est inutile.

Ce mode d'argumentation serait commode ; mais aussi combien ne serait-il pas dangereux ! il nous fournirait la facilité de bouleverser la loi, dont nous devons être les esclaves. Il ne saurait être permis qu'à la dernière extrémité et que dans le très-petit nombre de cas où la loi serait absurde, contradictoire, d'une application impossible, où la rédaction, échappée par erreur à la plume du législateur, aurait évidemment trahi sa pensée ; ce qu'on ne doit jamais supposer légèrement ; car l'injustice même de la loi ne serait pas une raison suffisante pour ne pas s'y conformer.

Or ici rien de tout cela. La loi dit que les enfants incestueux ne seront pas légitimés : disposition claire et d'une application facile.

M. P. Pont s'appuie sur ce que l'art. 331 exclut aussi de la légitimation les enfants adultérins ; ce qui, selon lui, est également inutile, puisqu'ils ne peuvent jamais être légitimés attendu que leur reconnaissance est interdite.

Mais comme les différentes parties d'une législation bien coordonnée se lient en s'appuyant les unes sur les autres, il arrive très-souvent qu'une disposition n'est que la conséquence, le corollaire ou la confirmation d'une autre qui en est le principe. Ainsi, c'est précisément parce que l'art. 335 défend la reconnaissance des enfants adultérins, que l'art. 331 porte qu'ils ne peuvent être légitimés : le législateur a cru, pour compléter l'ensemble de son système, devoir exprimer une exclusion que la doctrine aurait peut-être déduite de l'art. 335 ; en un mot, il établit ce syllogisme : *On ne peut légitimer que les enfants reconnus. Or, les enfants adultérins ne peuvent être reconnus.*

On aurait pu sans doute s'arrêter là, mais certes il n'y a rien que de très-naturel de compléter le raisonnement par la conclusion : *Donc les enfants adultérins ne peuvent être légitimés.*

Ainsi l'art. 331 a voulu déterminer en même temps quels sont les enfants naturels non susceptibles de légitimation ; et cette catégorie comprend les enfants incestueux et adultérins. Inutile, superflue, surabondante ou non, la disposition, étant claire, doit être observée. La loi dit, mal à propos ou non, que les enfants incestueux ne peuvent être légitimés ; mais enfin elle le dit : donc ils ne peuvent être légitimés.

La réponse donnée ici par M. P. Pont contient en elle une objection véritablement insurmontable et sans réplique contre sa doctrine.

M. P. Pont dit : La disposition de l'article 331 est inutile à l'égard des enfants adultérins, parce qu'on ne peut les reconnaître et que la reconnaissance est le préalable obligé de la légitimation.

Mais le même article 335 défend aussi, par la même disposition, la reconnaissance des enfants incestueux : donc ils ne peuvent non plus être legitimés.

En effet, la reconnaissance est la condition nécessaire, essentielle de la légitimation. On ne peut légitimer que les enfants reconnus. Point de reconnaissance, point de légitimation. Voilà la règle.

C'est ce que porte formellement la dernière partie de l'art. 331, qui n'admet la légitimation des enfants nés hors mariage que lorsque leurs père et mère « *les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration.* »

Il n'y a pas moyen d'écarter cette disposition comme inutile.

(*Revue de Législation.*)

XII.

DE L'ASSASSINAT.

REVUE DE LA JURISPRUDENCE.

L'assassinat ne constitue en lui-même, et dans le système de la loi pénale, qu'une circonstance aggravante du crime de meurtre. Ce dernier crime que la loi qualifie d'*homicide commis volontairement*, c'est-à-dire avec l'intention de tuer, est donc la base et l'élément essentiel de l'assassinat. La préméditation en est la circonstance caractéristique.

L'article 296 du Code pénal définit en conséquence ce crime : « Tout meurtre commis avec préméditation. » L'article ajoute : « ou de guet-apens. » Mais cette addition est évidemment surabondante, car le guet-apens se trouve nécessairement compris dans la préméditation ; en effet, aux termes de l'article 298, « le guet-apens consiste à attendre plus ou moins de temps, dans un ou plusieurs lieux, un individu, soit pour lui donner la mort, soit pour exercer sur lui des actes de violence » Or qu'est-ce que l'acte de celui qui se place en embuscade pour attendre sa victime, si ce n'est un acte de préméditation? Aussi la cour de cassation a-t-elle jugé avec raison : « que le guet-apens ne peut exister sans préméditation et qu'il la suppose essentiellement ; que, par conséquent, la déclaration du jury portant qu'il y eut guet-apens, mais qu'il n'y a pas eu préméditation, contient une contradiction qui en détruit les parties substantielles, et lui ôte tout sens et tout résultat (1). » Or, si le guet-apens suppose nécessairement la préméditation, la loi pouvait se dispenser d'en faire une circonstance distincte.

Ce qui constitue l'assassinat, disons-nous, c'est la préméditation. « La préméditation, porte l'article 397, consiste dans le dessein, formé avant l'action, d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou même de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition. »

Il importe de ne pas confondre la préméditation avec la volonté criminelle. La volonté peut supposer une sorte de préméditation ; mais ce n'est pas celle-là que la loi a eue en vue. Préméditer une action, dans le sens légal, c'est en avoir conçu la pensée, c'est avoir formé le dessein de l'exécuter avant que l'occasion s'en soit présentée ; c'est, en un mot, avoir réfléchi à l'avance à cette exécution. Ainsi, il y a préméditation lorsque l'agent a préparé à l'avance les armes ou le poison nécessaires pour exécuter le crime ; il y a préméditation lorsqu'il s'est placé en embuscade pour attendre sa victime. Mais il ne suffirait pas, pour l'existence de cette circonstance aggravante, qu'il se fût passé quelque temps entre la pensée du crime et son exécution. Ainsi, dans un accès de colère, l'agent court dans un lieu voisin se saisir d'une arme et revient la décharger sur sa victime. Ce fait d'aller chercher cette arme, cette durée de la volonté criminelle doivent-ils lui imprimer le caractère de la préméditation? Évidemment non, si le crime n'avait point été médité à l'avance, car c'est sous l'empire d'une passion instantanée qu'il a été commis. Pour bien saisir ces expressions légales de meurtre commis avec ou sans préméditation, il faudrait les traduire par celles-ci : Meurtre *réfléchi* ou *irréfléchi*. La durée de l'accès de la passion ne peut faire présumer la réflexion.

Il ne suffirait pas, ainsi que l'a remarqué M. Carnot (2), de poser au jury la question

(1) Arr. cass., 4 juin 1812. (S., 13, 1, 50.)

(2) T. II, p. 17, Comm. du Cod. pén.

de savoir si l'accusé s'est rendu coupable d'*homicide* avec préméditation ; car l'homicide, même prémédité, peut ne pas constituer l'assassinat; il est nécessaire qu'il soit qualifié *meurtre*, c'est-à-dire que la volonté criminelle soit constatée. La préméditation peut bien faire supposer la volonté, mais ce n'est pas par des suppositions, mais bien sur des faits précis que les condamnations doivent s'établir.

M. Carnot pense même que la déclaration du jury, que le *meurtre a été commis avec préméditation*, n'est pas suffisante pour constituer un véritable assassinat, parce que les jurés pourraient confondre l'homicide et le meurtre ; il veut, en conséquence, qu'on demande au jury, non pas s'il y a *meurtre*, mais s'il y a eu *homicide volontaire* (1). La cour de cassation n'a point partagé cette opinion (2) ; cependant on ne peut se dissimuler que le péril signalé par M. Carnot est réel ; la position de questions qu'il propose est d'ailleurs conforme au principe qui exige que les jurés constatent toutes les circonstances élémentaires du crime.

Si l'accusation pèse sur plusieurs accusés, la préméditation doit être déclarée à l'égard de chacun d'eux, dans une question particulière (3). Il en doit être de même dans le cas où l'un d'eux est poursuivi comme complice d'assassinat (4). Cependant la cour de cassation s'est écartée de cette dernière règle, qu'elle avait jusqu'alors fidèlement suivie, dans une espèce qui n'était pas exempte de difficultés (5). Une accusation d'assassinat avait été portée contre un auteur principal et contre un complice, et le jury avait déclaré à l'égard de ce dernier « qu'il était constant que l'accusé lui avait donné ses instructions pour commettre le crime, et qu'il avait avec connaissance aidé et assisté l'auteur du crime dans les faits qui en avaient facilité et consommé l'exécution. » Cette déclaration était muette sur la préméditation. Ce silence devint le fondement d'un pourvoi ; mais ce recours fut rejeté : « Attendu que de la déclaration du jury il résultait que le réclamant avait été reconnu coupable *de complicité dans un meurtre commis avec préméditation*, et que les faits de complicité déclarés contre lui renfermaient la déclaration implicite et nécessaire de sa préméditation au crime lors de ces faits. »

Cette décision a été critiquée par M. Carnot (6) : « Les cours d'assises, a dit ce jurisconsulte, sont tenues de s'en rapporter à la déclaration du jury, telle qu'elle a été faite, sans y rien ajouter, sans en rien retrancher. Ce n'est pas d'après son sens implicite qu'elles doivent juger de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, et c'est faire l'aveu le plus formel que la culpabilité n'a pas été déclarée d'une manière claire, précise, exempte de tout doute, de toute incertitude, que de la faire résulter d'une déclaration implicite. » Il est de règle, en effet, que les déclarations du jury ne doivent point être interprétées ; s'il y a doute, c'est le jury lui-même qui doit l'éclaircir ; si la cour d'assises a négligé de provoquer ces explications, le sens le plus favorable doit prévaloir. Mais indépendamment de cette règle générale, il faut tenir en principe qu'aucune expression équivalente ne peut remplacer l'expression de *préméditation* ; la loi a consacré ce terme en y attachant un sens précis, et l'on pourrait craindre que des expressions analogues n'eussent pas la même valeur dans l'esprit des jurés. A plus forte raison, doit-on décider que cette circonstance aggravante ne peut dériver par voie de conséquence et implicitement d'une déclaration quelconque; il faut qu'elle soit expressément reconnue par le jury.

Un arrêt de la cour de cassation du 14 février 1817 (7) a reconnu qu'il n'y avait pas inconciliabilité entre les deux parties d'une déclaration qui décide qu'une tentative de meurtre a été commise *avec préméditation*, mais *sans intention de tuer*. Une telle réponse ne fait, en effet, que démontrer la distance qui sépare la préméditation de la volonté criminelle. La préméditation s'applique aux blessures et aux violences aussi bien qu'au meurtre, mais la volonté peut sans cesse se modifier, et c'est d'après les divers degrés de sa criminalité que le crime revêt des caractères divers. Dans l'espèce de cet arrêt, le fait ne constituait plus que des coups portés et des blessures faites volontairement et avec préméditation.

Une question grave en théorie est de savoir si le fait d'avoir tiré un coup de fusil avec intention de tuer et avec préméditation, constitue le crime d'assassinat, lorsque la personne atteinte par le coup n'est pas celle que l'accusé voulait tuer. La cour de cassa-

(1) T. II, p. 17. Comm. du C. pén.
(2) Arr. cass., 20 janv. 1814. (S., 15, 1, 35.)
(3) Arr. cass., 4 flor. an x. (Bull. n. 19.)
(4) Arr. cass., 18 vendémiaire an x (Bull., n. 19); 11 messidor an XII (Bull., n. 165); 17 pluviôse et 29 messidor an XIII. (Bull., numéros 107 et 181.)
(5) Arr. cass., 26 janv. 1814. (S., 15, 1, 35.)
(6) *Loc. cit.*, p. 19.
(7) Bull. cr., 1817, p. 29.

tion a plusieurs fois décidé l'affirmative (1). Cette décision n'a paru dans la pratique revêtir aucune importance, parce qu'elle ne changeait rien au taux de la peine, mais elle tend cependant à introduire dans la qualification des faits une confusion qui peut être dangereuse. Car les peines, essentiellement variables, peuvent sans cesse se modifier; il importe de fixer avec soin le véritable caractère de chaque circonstance des faits. Évidemment le fait complexe dont il s'agit, présente deux crimes séparés et distincts : à l'égard de la personne qui était l'objet du crime, et qui n'a pas été atteinte, c'est un crime manqué, c'est, selon les termes de l'article 2, une tentative d'assassinat qui a manqué son effet par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur; à l'égard de la victime, c'est un simple meurtre et non un assassinat. Car la préméditation consiste dans le dessein formé d'attenter à la personne d'*un individu déterminé;* elle ne peut donc exister lorsque la personne atteinte n'est pas celle que la pensée du coupable menaçait; il n'y a pas eu préméditation à l'égard de cette personne. On pourrait même aller plus loin et soutenir que dans cette deuxième hypothèse il n'y a pas meurtre, mais seulement homicide involontaire. Car s'il y a eu intention de tuer, cette intention se rapportait à une autre personne que la victime, et l'intention doit se combiner avec le fait, pour constituer le crime. Mais il serait difficile de voir dans la mort donnée par l'agent, le résultat d'une simple imprudence : l'acte en lui-même est imputable; il doit répondre de ses suites. Au reste, dans notre législation, cette discussion a peu d'intérêt, puisque le crime manqué est puni comme le crime consommé; mais il importe néanmoins d'en préciser avec soin les circonstances constitutives; car ces circonstances peuvent avoir de l'influence sur la solution du jury.

Une question beaucoup plus grave est de savoir s'il y a assassinat, quand la victime elle-même a consenti à recevoir la mort, quand elle a imploré l'assistance et le bras de l'agent pour mettre un terme à sa vie. Cette question s'est produite dans des espèces diverses, et la cour de cassation a jugé par deux arrêts : « Que le meurtre n'est excusable que dans les cas prévus par les art. 321 et 322 C. p.; que l'homicide ne cesse d'être considéré comme un crime ou un délit, que lorsqu'il a été le résultat du commandement de la loi et de l'autorité légitime, ou de la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui; qu'il importe peu que la mort ait été donnée du consentement, par la provocation ou par l'ordre de la personne homicidée, puisque ce consentement, cette provocation ou cet ordre ne constituent ni un fait d'excuse aux termes des articles précités, ni une circonstance exclusive de la culpabilité de l'action, aux termes des articles 327 et 328 C. p.; que les lois qui protégent la vie des hommes sont d'ordre public, et que les crimes et délits contre les personnes ne blessent pas moins l'intérêt général de la société que la sûreté des citoyens, et qu'aucune volonté particulière ne saurait absoudre et rendre licite le fait que les lois ont déclaré punissable, sans autres conditions ni réserves que celles qu'elles ont expressément établies (2).»

Tel est le principe posé par la cour de cassation. On doit reconnaître avant toute discussion, que l'assistance donnée à une personne qui veut mettre un terme à sa vie, que l'acte de complicité d'un suicide (car c'est là le seul caractère de cette action), est un acte immoral et dangereux, que la loi doit nécessairement punir; car elle a mission, ainsi que le proclame la cour de cassation, de veiller à la sûreté individuelle des citoyens, et de protéger leur vie même contre leur propre volonté. Mais là n'est pas la question : si la loi n'a pas flétri de ses peines cette horrible assistance, s'ensuit-il que la jurisprudence doive combler cette lacune, en étendant à ce cas des dispositions qui lui sont étrangères? De peur de proclamer une telle action impunie, dans l'état actuel de la législation, faut-il la qualifier d'assassinat?

Le suicide n'est point un fait puni par nos lois pénales; les procès au cadavre du suicidé, sont tombés avec l'ordonnance de 1670. Dès lors, le fait de complicité est-il punissable? La cour de cassation a dû proclamer elle-même la négative, en déclarant dans son arrêt du 27 avril 1815, que : « La complicité d'un fait de suicide n'est punie par aucune loi pénale. » Or qu'est-ce donc que l'assistance donnée au suicidé, si ce n'est cette complicité que la loi n'atteint pas?

La cour de cassation refuse dans ce cas, au fait principal, le caractère d'un suicide : « il n'y a de suicide proprement dit, porte l'arrêt du 16 novembre 1827, que lorsqu'une personne se donne elle-même la mort.» Cette assertion est-elle exacte? L'homme qui, de

(1) *V*. arr. 31 janv. 1835. *V*. aussi l'arrêt de la cour des pairs, dans le procès Fieschi.

(2) Arr. Cass., 27 avril 1815. (Bull., cr., n° 28); 16 nov. 1827. (S., 28. t. 135.)

serait arraché par la force ou la contrainte; car ce ne serait plus un suicide. Telle était l'espèce de l'arrêt du 2 juillet 1835. Il est évident que dans ce cas, les règles pénales reprennent leur empire; l'assassin qui menace sa victime de tourments, si elle ne consent à périr, et qui consomme ensuite son crime, n'en est pas moins, malgré ce consentement, un assassin. Ce n'est que lorsque le fait principal a le caractère évident d'un suicide, et lorsque le fait incriminé se réduit à des actes d'assistance dans son exécution, que la raison hésite à reconnaître dans ces actes les caractères du crime.

En résumé, la loi n'a point prévu cette complicité; soit qu'elle se présente rarement, soit qu'elle parût offrir peu de péril, elle n'a point fixé les regards du législateur; ses dispositions sont muettes à cet égard. Faut-il induire de ce silence une assimilation que la raison repousse, et que rejettent les motifs et l'esprit même de la loi? évidemment non. La complicité de suicide n'est point un assassinat, car il manque à cette action la condition essentielle du crime, la volonté criminelle, l'intention de nuire. Cet acte est-il punissable? Nous pensons qu'il devrait l'être, car il est en lui-même immoral, il est de plus dangereux pour l'ordre social. Mais il doit former un délit distinct et séparé, soit dans l'intérêt de la justice morale, qui veut une juste distribution des châtiments, soit dans l'intérêt de la répression même, qui trahit les commandements de la loi, lorsque le châtiment n'est pas en rapport avec le crime. Ainsi, par une lacune, à nos yeux déplorable, la loi pénale reste impuissante, à moins qu'on ne considère l'homicide, commis dans cette circonstance comme un homicide par imprudence, mais son texte semble répugner à cette application, et les peines qu'elle prononce dans ce dernier cas seraient d'ailleurs insuffisantes.

(*Journal du Droit criminel.*)

XIII.

DU PROJET DE LOI SUR LE DUEL,

PRÉSENTÉ AU SÉNAT DE BELGIQUE PAR M. LE BARON DE PELICHY VAN HUERNE (1).

OBSERVATIONS CRITIQUES PAR M. MITTERMAIER.

Après s'être élevé contre la jurisprudence de la cour de cassation de Belgique, qui considère le duel comme passible des peines prévues par les articles 295 et 309 à 312 du Code pénal, M. Mittermaier continue en ces termes :

Dans cet état de choses, il est facile de comprendre qu'on ait senti en Belgique la nécessité de remplir la lacune par une disposition législative convenable. Le ministre de la justice a été sommé, d'abord dans le sénat, ensuite dans la chambre des représentants, à la séance du 14 janvier 1835, de déclarer s'il n'entendait pas proposer un projet de loi sur le duel; plusieurs orateurs se prononcèrent avec énergie sur la nécessité d'une loi sur la matière, en faisant observer que le duel se trouve en contradiction avec les progrès de la civilisation et avec la justice, mais qu'il ne pouvait être réprimé que par des peines modérées. A la séance du 21 septembre 1835, le sénateur baron de Pélichy van Huerne présenta un projet de loi dont il exposa les motifs, et qui est ainsi conçu :

« Voulant, par une loi spéciale et plus ef-
» ficacement, autant qu'il est en notre pou-
» voir, prévenir les atteintes graves portées
» à l'ordre social comme au bonheur des
» familles par l'usage des duels;

(1) *V.* 1er vol. de la Revue des Revues p. 112.

» Nous avons, de commun accord avec les » chambres, arrêté et arrêtons :

» 1° Est qualifié duel, un combat entre » deux personnes, devant témoins, avec des » armes pouvant faire des blessures graves » ou donner la mort, précédé d'une convention qui en règle le lieu, l'époque et le » mode.

» 2° Tout Belge non militaire, tout étranger militaire ou non, qui se sera battu en » duel, ou y aura assisté comme témoin, » sera traduit devant la cour d'assises, et les » dispositions des articles ci-après leur seront » respectivement applicables.

» 3° Quiconque, par une conduite répréhensible, aura donné lieu à un duel, quand » le duel s'en sera suivi, sera, pour ce fait » seul, puni d'une détention de 5 à 10 ans » dans une maison de correction, et d'une » amende de 5,000 à 10,000 francs.

» 4° Celui qui aura accepté le duel, lors » même qu'il serait fondé à se plaindre de » quelque injure ou offense reçue, sera, pour » ce fait seul, si le duel s'en est suivi, puni » d'une détention de 2 à 6 ans dans une maison de correction, et d'une amende de 2,000 » à 6,000 francs.

» 5° Quiconque aura assisté au duel comme » témoin, sera puni d'une détention de 1 à » 3 ans dans une maison de correction, et » d'une amende de 1,000 à 3,000 francs.

» 6° Les délinquants demeureront en outre, à l'expiration du terme de leur détention, privés de l'exercice des droits civiques, » civils et de famille, spécifiés en l'art. 42 du » Code pénal, savoir : celui qui aura donné » lieu au duel, pendant 5 ans ; son adversaire, pendant 3 ans ; le témoin, pendant » 1 an.

» 7° Lorsque la mort sera la suite du duel, » celui qui aura causé la mort sera puni, dans » le cas prévu par l'art. 3 de la présente loi, » de la détention, pendant 7 à 15 ans, dans » une maison de correction, et à une amende » de 7,000 à 15,000 francs. Il sera, en outre, » à l'expiration du terme de la détention, privé » pendant 12 ans de l'exercice des droits » rappelés en l'art. 6.

» 8° Celui qui aura occasionné des blessures en duel, s'il en est résulté une maladie » ou incapacité de travail personnel, pendant » plus de 20 jours, sera puni d'une détention » de 3 à 9 ans dans une maison de correction, » et d'une amende de 3,000 à 9,000 francs. » Il sera en outre, à l'expiration du terme » de la détention, privé pendant 7 ans de » l'exercice des droits rappelés en l'art. 6.

» 9° S'il y a récidive, les peines portées » par les articles qui précèdent seront doublées.

» 10° Le recours en dommages-intérêts » contre celui qui aura causé la mort ou des » blessures en duel, sera ouvert aux personnes intéressées, conformément à la législation existante, pour le cas de meurtre ou » de blessures volontaires.

» 11° Celui qui aura donné lieu au duel, » l'adversaire et les témoins sont tenus solidairement des amendes et des frais.

» 12° Les Belges militaires, ainsi que les » étrangers au service militaire belge, seront, » dans les cas prévus par la présente loi, » traduits devant la juridiction militaire, » pour y être jugés d'après les dispositions » de la présente loi, jusqu'à ce qu'il y ait été » statué par le Code pénal militaire. »

Il n'y a peut être aucune partie de la législation qui soit plus difficile et plus ardue qu'une bonne loi sur le duel, si le législateur veut que la loi soit exécutée et qu'elle ait pour effet d'empêcher les duels. L'omnipotence du législateur n'est pas aussi étendue qu'il se le figure quelquefois. Les lois qui se trouvent en contradiction avec la justice et avec les convenances politiques, portent en elles-mêmes un germe de leur mort ; et, lors même que, dans des cas particuliers, la force parvient à faire exécuter la peine, il se forme bientôt entre les juges, les jurés et tous les citoyens, une espèce de complot tendant à arracher des bras de la justice, le malheureux menacé d'une peine trop dure. Tant que l'état de nos relations sociales sera tel que le rédacteur d'un projet de loi contre le duel, et les membres de l'assemblée législative qui devront voter cette loi, soient obligés de convenir que les circonstances peuvent les contraindre eux-mêmes à choisir le duel comme moyen de sauver leur honneur, il pourra bien être du devoir d'un sage législateur de punir le duel, mais il devra s'abstenir d'y appliquer une peine sévère.

Pour qu'une loi sur le duel puisse être efficace, le législateur doit, suivant nous, s'attacher aux considérations suivantes :

I. Il faut que la loi laisse une latitude suffisante à l'arbitrage du juge. A cet effet, le législateur doit se rendre compte des différentes espèces de duel. Il y a des duels dans lesquels les deux parties n'ont d'autre intention que de satisfaire les préjugés, par une ou plusieurs rencontres, sans que ni l'une ni l'autre soit disposée à tuer son adversaire, où à lui faire des blessures. Dans d'autres duels, l'intention d'un combattant peut être de faire à son adversaire une blessure légère qui lui serve de leçon, et qui le rende plus circonspect à l'avenir ; mais aucun des combattants ne songe à tuer son adversaire, parce que, d'une part, il ne regarde pas l'offense

comme assez grave pour qu'elle doive être expiée par la mort de l'agresseur, et que, d'autre part, il ne voudrait point s'exposer aux conséquences qu'entraînerait pour lui un semblable résultat. Il y a des duels dans lesquels la gravité de l'offense éloigne toute idée d'arrangement; chaque combattant, dans la fièvre de la passion, veut la mort de son adversaire ou sa propre perte. Enfin, il est des cas où un homme méchant et vindicatif recherche avec avidité l'occasion d'offenser la personne devenue l'objet de sa haine, et où, fort de son habileté dans les armes, il recourt au duel pour accomplir impunément ses projets de vengeance. Le législateur doit avoir égard à ces différentes espèces de duel, et établir une pénalité graduée de manière à ce que le minimum de la peine ne se trouve point en disproportion avec le moindre degré de culpabilité.

II. Le législateur doit distinguer les duels dans lesquels les usages reçus ont été observés de bonne foi, de ceux qui se sont passés avec déloyauté, et où le coupable d'homicide est un véritable assassin; toutefois, dans ce cas même, la déloyauté n'existe souvent que d'un côté, et l'autre combattant, agissant loyalement, peut être arrivé, par l'effet du hasard, à tuer son adversaire déloyal.

III. Toutes les peines prononcées contre le duels ordinaires, doivent être modérées et légères. Dans le cas contraire, l'opinion publique, prenant en considération la position forcée de celui qui est appelé en duel, et le mépris qu'il encourt s'il refuse de se battre, refuserait son approbation à la loi, qui ne serait point appliquée. Nous ne sommes plus au temps où le législateur pouvait espérer d'intimider les citoyens par la sévérité des peines, et d'empêcher ainsi les crimes. Il n'y a d'efficace que les peines qu'on reconnaît justes et proportionnées à la gravité de l'infraction.

IV. D'après ce qui vient d'être dit, le législateur ne devrait jamais attacher au duel des peines infamantes. Le crime fait la honte, dit le poëte; on admire cette sentence, mais on ne la suit pas, et la postérité jugera sévèrement les vues bornées de notre époque, qui se figure encore que le législateur peut déclarer infamantes des actions qui ne le sont pas d'après l'opinion générale des citoyens. C'est une folie que d'attacher la perte de l'honneur à certaines peines appliquées à des crimes souvent bien différents. Jamais, d'après l'état actuel des rapports sociaux, on n'arrivera à faire regarder le duel comme un crime infamant; l'homme le plus honorable peut se trouver contraint, malgré lui, et par la force de l'opinion, à se battre en duel. Le législateur commettrait donc une injustice, en frappant d'une peine infamante toute personne qui se sera battue en duel.

V. Les conséquences du duel ne doivent pas influer sur la nature de la peine à infliger. Il faut que la peine soit dictée à raison du duel lui-même, et non pas à cause des blessures faites; car, dans la plupart des cas, les blessures sont le résultat du hasard; et, loin de pouvoir être imputées à une intention criminelle de l'auteur, elles peuvent l'être tout au plus à son imprudence. Très-souvent, l'un des combattants, sans vouloir blesser son adversaire, se borne à se défendre, et ce n'est qu'en parant des attaques violentes qu'il atteint son antagoniste. Combien de fois, dans la chaleur de l'action, l'un des combattants ne se blesse-t-il pas lui-même, avec le sabre ou l'épée de l'adversaire! Le législateur pourrait tout au plus autoriser le juge à mesurer l'étendue de la peine entre un maximum et un minimum, d'après les conséquences du duel, parce qu'en général on a égard à l'étendue du dommage.

Si, appuyés sur ces considérations, nous portons nos regards sur le projet de loi présenté au sénat belge, nous ne saurions partager les vues de l'honorable M. de Pélichy van Huerne.

1° A la vérité, les art. 3 et 4 du projet établissent une distinction entre celui qui provoque le duel en offensant son adversaire, et celui qui, irrité par cette offense, en demande la réparation; mais le projet n'a point suivi cette distinction dans toutes ses conséquences. L'art. 4 parle de celui qui accepte le duel, et il lui inflige une peine moindre qu'à son adversaire; mais celui qui accepte le duel,

(1) L'expérience a démontré qu'une des causes de la fréquence des duels est la légèreté des peines portées, par les législations actuelles, contre les injures et offenses verbales, et la propension d'un grand nombre de juges à attribuer aux actions pour injures et offenses verbales, le motif unique d'une trop grande susceptibilité : d'où il suit que le demandeur n'obtient point de condamnation ou en obtient une si légère qu'elle ne produit aucun effet. Suivant nous, une loi plus sévère, en cette matière, engagerait l'offensé, dans beaucoup de cas, à préférer la voie judiciaire de répression à celle du duel : nous admettons volontiers que cette loi ne préviendrait pas *tous* les duels, et que la voie du duel serait encore choisie, dans tous les cas où l'offensé aurait un motif d'éviter la publicité de l'audience, comme lorsque le mari outragé demanderait raison au séducteur de sa femme; mais nous croyons pouvoir assurer que la loi proposée diminuerait dès à présent le nombre des duels. Fœlix.

c'est-à-dire, qui a été provoqué, en est souvent la principale cause, comme ayant irrité et offensé son adversaire. N'y aurait-il pas injustice à le punir d'une peine moins grave?

L'art. 3 parle de celui qui, par une conduite répréhensible, aura donné lieu au duel. Cette disposition pénale est très-vague; car, dans la plupart des cas, il est difficile de désigner celui qui a donné lieu au duel; par exemple: une personne se présente très-gauchement dans une société, une autre en rit; si la première, cédant à sa propre susceptibilité, ou excitée par des tiers, provoque le rieur en duel, on dira que ce dernier a donné lieu au duel, et, aux termes de l'art. 3, on lui infligera une peine plus grave qu'à son adversaire, ce qui est injuste. Il en serait de même, si quelqu'un, ne gardant pas toutes les convenances envers les dames, une autre personne lui en faisait l'observation.

Il nous semblerait beaucoup plus convenable que le législateur se bornât à frapper le simple duel, qui n'aura occasionné ni homicide ni blessures, d'une peine modérée, dont le minimum serait de quelques mois de prison, et le maximum d'un an; c'est la disposition du § 190 du nouveau projet de Code pénal pour le royaume de Wurtemberg. Le législateur, en prononçant une peine contre le duel, pourra donner au juge la mission d'infliger, dans les limites ci-dessus, une peine plus forte à celui qui aura provoqué son adversaire en duel qu'à celui qui l'aura accepté, parce qu'on peut admettre que ce dernier s'est trouvé contraint à se battre, pour éviter le reproche de lâcheté.

Toutefois, par exception, celui qui aura accepté le duel, devra être puni plus sévèrement, s'il résulte des circonstances que ses procédés ont forcé son adversaire à le provoquer.

2° Le projet de loi est d'une rigueur extrême; il punit le simple duel, qui n'a occasionné aucune blessure, d'une détention de 2 à 6 ans, ou même de 5 à 10 ans, dans une maison de correction. Cette peine est hors de toute proportion avec celles qui sont prononcées à raison d'autres crimes ou délits. Le coupable de vol, d'escroquerie, d'attentat à la pudeur, ne sera point frappé d'une peine plus forte. N'oublions pas que souvent l'homme du caractère le plus paisible se trouve amené au duel, par des offenses graves ou par des circonstances particulières; et, lors même que dans le combat cet homme aura fait tous ses efforts pour éviter de blesser son adversaire, il sera frappé, au minimum, de 2 ans d'emprisonnement.

3° Ce qui est tout à fait surprenant, c'est que le projet établit partout des amendes exorbitantes de 5,000 à 15,000 fr. En général, les amendes ne produisent aucun effet salutaire, excepté lorsqu'il s'agit de certains délits qui ont leur source dans l'intérêt personnel et pécuniaire: dans ce dernier cas, le coupable éprouve un grand mal par le payement de l'amende; mais dans le duel, l'intérêt pécuniaire n'est pour rien, et le projet établit des amendes si élevées que toute la famille du condamné peut se trouver ruinée. Ce ne sont pas toujours les riches qui se battent en duel. Nous rejetterions du projet toutes ces amendes.

4° La disposition de l'art. 5, qui punit les témoins du duel d'une détention de 1 à 3 ans, est également contraire au but que le législateur se propose d'atteindre. Le rédacteur du projet a-t-il donc oublié que la présence au duel, de témoins honorables, énergiques et adroits, contribue puissamment à neutraliser le combat, à prévenir de plus grand maux, et à maintenir l'ordre, lorsque la passion des combattants ne connaît plus de frein? L'ami ou le parent ne se décide qu'à regret à servir de témoin dans un duel; mais il le fait, en règle générale, dans les meilleures intentions. C'est une erreur de croire qu'une peine sévère portée contre les témoins aura pour effet d'empêcher toute personne de se charger de cette mission; on trouvera des témoins moins énergiques et moins intelligents, incapables de concilier l'affaire; ou bien, les duels auront lieu sans témoins, ce qui est encore plus dangereux. Le législateur doit avoir égard à l'état des choses, tel qu'il existe en réalité.

5° Nous regardons comme véritablement révoltante la peine prononcée par l'art. 7, contre celui qui aurait tué son adversaire en duel. Quelle qu'ait été la gravité de l'offense qu'il a reçue, quelle que soit l'omnipotence de l'opinion publique qui l'a contraint au duel (supposons, par exemple, un officier avec qui ses camarades auraient refusé de servir, s'il n'avait consenti à se battre), quelle qu'ait été sa circonspection à ménager la vie de son adversaire qui peut avoir trouvé la mort par sa propre imprudence, le législateur inexorable le frappe d'une détention qui ne pourra être au-dessous de 7 années et d'une amende dont le minimum est de 7,000 francs. Le condamné se trouvera ainsi ruiné pour toute sa vie. En Allemagne et en Suisse, le législateur a été beaucoup moins sévère. Le projet de Code pénal pour le royaume de Wurtemberg, punit l'homicide en duel d'un emprisonnement de 3 à 6 ans dans une forteresse; le Code pénal du canton de Zurich, publié en 1835, art. 151, autorise le juge à réduire la peine dans ce cas, même au-dessous

de six années d'emprisonnement correctionnel. La peine du duel ne pourrait être raisonnablement élevée à raison de l'homicide que dans le cas où, les combattants étant convenus de continuer le duel jusqu'à la mort de l'un d'eux, l'un d'eux aurait en effet succombé. Dans ce cas, le projet de Wurtemberg établit un minimum de 5 ans de prison. La sévérité du législateur peut être ici motivée sur la circonstance que chacun des combattants a bien voulu ce qui est arrivé.

6° Nous repoussons aussi la disposition du projet, d'après laquelle le condamné pour duel, sera, à l'expiration de sa peine, privé pendant un certain nombre d'années, de l'exercice des droits civiques, civils et de famille. Le législateur se figure pouvoir priver un homme de l'honneur que l'opinion publique ne lui refusera pas. Par une telle disposition, l'État se punit lui-même; il se prive d'hommes honorables et intelligents, par le seul motif que la force des circonstances et les préjugés les ont contraints à se battre. La loi les présume indignes de la confiance publique, tandis que leurs concitoyens les reconnaissent peut-être pour les plus dignes d'entre eux; le législateur les prive de l'exercice des droits de famille, tandis que leurs femmes et leurs enfants les aimeront avec enthousiasme. La nation condamnera une semblable loi, et le juge recherchera tous les moyens d'en éviter l'exécution.

L'opinion publique sur le duel se lie à d'anciens préjugés; les idées des hommes ne sauraient être réformées à coups de canon ou extirpées par la sévérité de lois pénales. Les mœurs, la morale et la religion peuvent seules parvenir à bannir les préjugés. Le législateur doit punir les torts, mais par des peines proportionnées et justes, et sur l'exécution desquelles il puisse compter. Le temps est enfin venu, où les progrès de la civilisation réprouvent le duel et exigent la condamnation d'un prétendu droit de se faire justice soi-même; ce prétendu droit exerce une véritable tyrannie sur les opinions, et fait d'un adroit ferrailleur le despote de ses concitoyens. Notre époque lutte contre les préjugés des temps anciens; ce n'est que par la prudence et la modération que le législateur peut espérer sortir victorieux de cette lutte.

(*Revue Étrangère et Française.*)

XIV.

Droit Criminel.

CEUX QUI N'ENTENDENT PAS LA LANGUE FRANÇAISE PEUVENT-ILS REMPLIR LES FONCTIONS DE JURÉS, AVEC L'ASSISTANCE D'UN INTERPRÈTE (1)?

PAR M. THIERIET, AVOCAT, ANCIEN PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE STRASBOURG.

C'est une chose vraiment digne de remarque que l'insouciance et l'espèce de légèreté avec lesquelles, entourés que nous sommes de jurisconsultes habiles qui se livrent sans relâche à l'étude de la science, et protégés par nos institutions judiciaires, nous traversons quelquefois les questions les plus graves et les plus usuelles, sans les apercevoir, ou

(1) Question élevée à l'occasion de l'affaire du 30 octobre 1836, jugée par la cour d'assises du département du Bas-Rhin, siégeant à Strasbourg.

ne faisant que les effleurer, comme des voyageurs qui passent à chaque instant sur le bord d'un précipice, sans en mesurer la profondeur et sans prendre souci du danger qui les touche de si près.

Il faut qu'une occasion solennelle vienne, pour ainsi dire, éveiller notre attention et nous ouvrir les yeux. Mais, chose plus étonnante encore, si, après cet avertissement salutaire, nous retombons dans la même apathie et, comme avant, nous rentrons tranquillement dans l'ornière de la vieille routine! Faut-il dire que telle est souvent la marche des choses humaines?

Combien d'arrêts de condamnation, statuant sur l'honneur, la vie ou la liberté des hommes, ont été prononcés irrégulièrement depuis longues années! Combien de malheureux gémissent, à l'heure qu'il est, dans les bagnes, qui se croient illégalement condamnés!

Nous croyons donc rendre un service et accomplir un devoir, en appelant l'attention publique sur une importante question qui a été entrevue et sur le point de s'élever, par suite du procès jugé en janvier 1837 par la cour d'assises du département du Bas-Rhin, siégeant à Strasbourg, au sujet de l'entreprise du prince Napoléon-Louis Bonaparte, dans la matinée du 30 octobre 1836.

Cette question se présente journellement dans plusieurs départements de France et particulièrement dans ceux qui sont formés de l'ancienne province d'Alsace. Elle consiste à savoir si une personne qui n'entend pas la langue française, est capable de remplir les fonctions de juré.

Jusqu'à l'année 1811, la cour de justice criminelle du département du Bas-Rhin, faisait traduire par un interprète, non-seulement toutes les pièces qui étaient lues et toutes les dépositions, mais encore les discours, tels que réquisitoires, plaidoyers et résumés.

Depuis la mise à exécution de nos Codes criminels, on n'a plus traduit, je ne sais pourquoi, que la lecture des pièces, les dépositions des témoins, la déclaration du jury et l'arrêt, négligeant les réquisitoires du ministère public, les plaidoyers des avocats et le résumé du président. C'est ainsi que je l'ai vu pratiquer pendant tout le cours de la session de la cour d'assises qui s'est ouverte le 16 novembre 1835, et où je remplissais les fonctions de juré.

Mais pour l'affaire du 30 octobre, où je remplissais celles de défenseur et où il arriva que l'un des douze jurés n'entendait pas le français, revenant à l'ancienne pratique, on fit tout traduire, même les discours et le résumé.

Ce fut évidemment une précaution méticuleuse inspirée par l'importance de la cause, dans la prévoyance des efforts que l'on supposait de la part des accusés, pour faire valoir tous les moyens de nullité possibles, en cas de condamnation.

Mais aussitôt après on reprit l'usage de ne plus traduire les discours.

Cette marche inégale et vacillante est-elle rationnelle, conséquente, légale? Est-elle digne de la justice? Peut-il exister deux manières d'accomplir les formes et d'observer la loi, selon la gravité des causes? Ce qui serait insuffisant et irrégulier dans une affaire importante et capitale, peut-il être suffisant et valable dans les affaires plus obscures où il ne s'agit que des travaux forcés? Est-ce que tout accusé, quel qu'il soit, ne trouve pas son sort aussi précieux, aussi digne d'attention que celui de tout autre? Enfin est-ce que la justice, cette égale protectrice des droits de tous, ne doit pas, avec son bandeau sur les yeux, tenir toujours la même balance et accorder la même sollicitude à tous les accusés, sans acception des personnes et des causes?

On voit ici la justice imiter les abus du notariat qui veut bien exécuter la loi pour les actes les plus importants et les plus exposés aux attaques, comme les donations et les testaments, auxquels les deux notaires assistent réellement; mais, de sa propre autorité, la méprise et la viole arbitrairement pour les autres, parce qu'il le fait impunément.

Eh bien! malgré toutes les précautions employées pour l'affaire du 30 octobre, je suis convaincu qu'on n'aurait pas évité la nullité qui, en effet, est inévitable, dès qu'un seul juré n'entend pas la langue française.

Aussi, en cas de condamnation, j'étais prêt à demander acte à la cour, entre autres faits :

1° De ce que plusieurs erreurs dans la traduction allemande, faite par l'interprète, avaient été signalées par les défenseurs entendant l'allemand, et aussitôt reconnues et rectifiées; moyen de contrôle dont se sont trouvés privés les accusés et les défenseurs qui ne savaient que le français;

2° De ce qu'indépendamment de l'impossibilité évidente et absolue qu'un plaidoyer traduit en une autre langue par une autre personne, soit le même et produise le même effet que dans la bouche du défenseur, la traduction des plaidoyers avait duré beaucoup moins longtemps que les plaidoyers mêmes, d'où résultait la preuve de changements, abréviations ou suppressions au préjudice de la défense;

3° De ce que les pièces remises au jury, conformément à l'article 341 du Code d'instruction criminelle, lors de sa délibération, n'existaient qu'en français, en sorte que le juré allemand avait encore été privé de ce moyen légal de s'éclairer et de former sa conviction, etc.

Si donc il y avait eu condamnation, la question eût été portée à la cour de cassation et discutée alors avec tout le soin et tous les développements qu'elle mérite, et l'arrêt de la cour de cassation, en rappelant les cours d'assises à l'observation des vrais principes, eût été, pour la science, un avantage que ne regrettent pas, sans doute, les accusés qui ont été acquittés, ni leurs défenseurs; mais alors la doctrine doit au moins chercher à préparer une telle décision.

Il est vrai que l'on connaît déjà, sur ce point, quatre jugements ou arrêts du tribunal et de la cour de cassation.

D'abord deux jugements du 23 vendémiaire an VIII ont décidé que l'ignorance de la langue française est une cause d'incapacité de l'exercice des fonctions de juré.

Puis un arrêt du 2 juillet 1812 a jugé au contraire qu'un citoyen qui n'entend pas la langue française, peut être juré.

Mais cette décision ne peut avoir d'influence pour des jurisconsultes habitués à apprécier les arrêts eux-mêmes et à ne se payer que de raisons puissantes et solides.

En effet, on peut dire que la question n'a pas été traitée et que l'arrêt ne repose que sur une erreur.

Voici à quoi il se réduit sur ce point :

« Attendu que pour le service des débats, » il a été nommé un interprète, *conformé-» ment au vœu de la loi.* »

Or les dispositions de la loi où il est question de la nomination d'un interprète (Code d'instr. crim., art. 332 et 333), ne sont relatives qu'aux seuls cas où l'accusé, les témoins, ou l'un d'eux, ne parlent pas la même langue ou le même idiome, ou bien sont sourds-muets. Nulle part la loi ne prévoit que ce sera un juré; d'où l'on peut conclure qu'elle ne suppose pas que cela puisse ou doive arriver. On ne peut donc pas dire qu'à l'égard d'un juré, un interprète a été nommé *conformément à la loi.* C'est appliquer une disposition d'un cas prévu, à un cas non prévu.

Enfin un dernier arrêt du 30 octobre 1813, par un retour à la première jurisprudence a proclamé de la manière la plus explicite et la plus formelle, l'incapacité du juré qui n'entend pas la langue française; et cet arrêt est solidement motivé par les considérations suivantes :

« Attendu que, dans l'espèce, le juré Efferts » a déclaré ne pas entendre suffisamment la » langue française pour comprendre ce qui » serait dit dans les débats; que, sur cette » déclaration, il lui a été nommé un inter-» prète pour l'assister; mais que cet inter-» prète n'a pu transmettre audit juré tout ce » qui a été dit par les témoins, le ministère » public et le président pour la manifestation » de la vérité; qu'il n'a pu lui faire connaître » que ce qu'il croyait lui-même utile pour » former sa conviction; que ce juré n'a pas » pu apprécier par lui-même les preuves à » charge ou à décharge; que sa conviction » a été nécessairement subordonnée à l'opi-» nion de son interprète; que la loi néan-» moins veut que les jurés déterminent leur » conviction d'après le sentiment de leur con-» science, sur les débats qui ont lieu devant » eux; que le nommé Efferts n'a donc réelle-» ment pas rempli les fonctions de juré; que » le jury a donc été incomplet; que la décla-» ration n'a donc pas eu un caractère légal, » ni pu servir de base valable à l'arrêt de » la cour d'assises, d'après ces motifs, » casse, etc. »

Il paraît qu'ensuite la question est, de nouveau, retombée dans l'oubli dont nous voudrions la sauver.

Autrefois la conscience du juge était liée par le système absurde des preuves légales. On prétendait réduire en chiffres l'administration de la justice criminelle. Alors la vérité n'apparaissait pas directement aux yeux du juge. Il était réduit à la chercher et ne la trouvait pas toujours dans des procès-verbaux d'information, œuvre froide, immobile et parfois trompeuse d'un commissaire ou d'un greffier. Ceux-ci étaient donc maîtres de la cause, et c'est par leur organe que la vérité, trop souvent altérée ou défigurée, devait parvenir aux magistrats obligés de prononcer d'après des éléments de conviction si imparfaits, si suspects et si dangereux.

Du moment où les idées philosophiques ont éclairé les législateurs, où le droit criminel est devenu raisonnable et humain, cet ordre de choses a été renversé et a fait place à un système tout différent. Il est aujourd'hui dans l'esprit et le vœu de la loi que toute la cause se développe devant le jury qui doit juger par lui-même et non par les yeux d'autrui.

Tous ceux qui ont quelque expérience des cours d'assises connaissent bien la différence des deux systèmes et les immenses avantages du système actuel.

Mais ce n'est pas sans résistance et sans combats qu'il a prévalu.

Le président Dupaty l'avait invoqué, dans son célèbre mémoire, pour trois hommes condamnés à la roue, où l'on admire autant

le courage que l'éloquence de cet écrivain philanthrope ; car il fallait alors du courage pour oser dire certaines vérités.

Aussi, sur le réquisitoire de l'avocat général Antoine-Louis Séguier, et par arrêt du parlement de Paris, du 11 août 1786, ce mémoire fut condamné à être lacéré et brûlé par le bourreau comme « *tendant à dénaturer les » principes les plus sacrés, destructif de » toute confiance dans la législation et dans » les magistrats qui en sont les gardiens et » les dépositaires*, etc. (1).

Voici comment s'exprimait Dupaty, en parlant de l'action et des exigences légitimes de la justice criminelle, notamment à l'égard du corps du délit. Après avoir dit qu'elle veut *voir elle-même par ses yeux et toucher elle-même par ses mains*, il ajoutait :

« Si donc on lui dénonce un assassinat, » elle veut toucher le cadavre; si on lui dénonce des blessures, elle veut que la blessure saigne sous ses yeux ; si on lui dénonce » un incendie, elle veut en voir fumer les » restes; si enfin on lui dénonce des effractions, elle veut que ces effractions lui soient » manifestes. » (Page 73.)

Or ce grand principe n'est-il pas violé, si la justice ne voit qu'à travers le prisme que lui tient sur les yeux un interprète, semblable à un artisan qui fait passer et façonne toutes les portions de la cause dans un moule qui est à lui?

Alors l'accusé d'une part, comme la société de l'autre, n'ont plus pour toute garantie que l'omnipotence de l'interprète.

Si cet intermédiaire est capable de corruption, de malveillance ou de partialité, et si les accusés et les défenseurs, par leur ignorance du langage, ne peuvent suivre, surveiller et redresser la traduction, il dépendra donc de lui de dénaturer les éléments des débats ! S'il est négligent, inhabile ou ignorant le même effet résultera encore d'une autre cause.

Enfin, s'il est à la fois pur et capable, eh bien ! il lui est encore impossible de rendre, sans les altérer involontairement, toutes les parties des débats et surtout les plaidoiries, l'accent, le geste, le ton persuasif, l'esprit de conviction, toutes choses qui doivent cependant agir sur le jury.

C'est ce qu'ont fait clairement éclater les débats de l'affaire de Strasbourg. La cour d'assises du Bas-Rhin a l'avantage, assez rare ailleurs, de posséder un interprète qui réunit toutes les qualités qu'on peut exiger, et qu'on doit citer comme un modèle en ce genre ; et malgré cela, parmi les milliers de traductions qui se succédaient sans interruption pendant des débats animés qui ont occupé douze jours, des erreurs ont été inévitables et, en général, les traductions des discours n'ont guère duré que le quart du temps des discours mêmes. C'est qu'une traduction parfaite d'une longue improvisation est au-dessus de toute possibilité humaine.

Ainsi, le juré qui n'entend pas la langue française se trouve nécessairement privé des lumières sans lesquelles il ne peut cependant juger en parfaite connaissance de cause et en toute sûreté de conscience. Et il n'y aurait pas nullité et nullité radicale, lorsque nous voyons tous les jours annuler des débats et des arrêts de condamnation, pour inobservation de la formalité souvent la plus indifférente en réalité, pour un mot changé dans la formule du serment, du serment si énervé de nos jours par l'abus qu'on en a fait!

Maintenant examinons les objections.

Et d'abord il ne saurait exister d'objections qui puissent se soutenir contre la force de ces arguments irrésistibles.

Mais enfin voici celles qu'on oppose.

Quand un accusé, dit-on, ou un témoin n'entend pas la langue française, on lui nomme bien un interprète, et il en est encore de même s'il est sourd-muet.

A cela quatre réponses :

(1) Il est curieux de connaître quelques passages du réquisitoire de l'avocat général Séguier. Par exemple, il s'efforce de justifier l'usage de faire prêter serment aux accusés, qu'il assimile à des témoins (pag. 162 et 163); il fait l'éloge de l'ordonnance barbare de 1670 (p. 176 et 177) et de l'ordonnance plus barbare encore de 1539, œuvre du chancelier Poyet, flétrie par la vertueuse indignation de notre grand jurisconsulte Dumoulin, que M. Séguier cherche à réfuter (pag. 237 et suiv.). Enfin voici ses propres expressions au sujet du droit sacré de la défense (pag. 247) :

« En matière de grand criminel, de quelle utilité » un avocat peut-il être? L'expérience nous apprend » que, si l'on permet un conseil, la preuve du crime » s'évanouit au milieu des formalités prescrites pour » préparer le jugement. L'accusé ne sait-il pas ce » qu'il a fait et ce qu'il n'a pas fait, aussi certainement que le témoin sait ce qu'il a vu ou ce qu'il a » entendu? Dans un procès criminel, il n'y a, le » plus souvent, qu'un fait principal. Il s'agit d'avouer » ou de nier ce fait; de prouver que le crime a été » commis par un autre, ou que l'accusé n'a pas pu le » commettre. Pour répondre sur un fait si simple, » un conseil est inutile. La préparation marque bien » plus le désir de trahir la vérité, que la volonté de lui » rendre hommage. »

N'a-t-on pas quelque peine à croire que la magistrature française tenait encore un pareil langage à la fin du siècle de Montesquieu et de Beccaria, trois années avant notre révolution de 1789? Et aujourd'hui, s'il fallait brûler le mémoire du défenseur ou le réquisitoire du magistrat, quel est celui que nous condamnerions ?

1° Dans ces cas, il y a nécessité absolue, tandis qu'on est maître de choisir les jurés comme on veut et d'exclure les incapables.

2° L'inconvénient est moins grave sous un premier rapport, en ce qu'il ne s'agit alors que de traduire des dépositions et des réponses ou explications, en général assez courtes, et non des discours oratoires et de longue haleine.

3° L'inconvénient est encore moins dangereux sous un autre rapport, parce que les accusés et les témoins ne sont pas juges et n'ont pas à se former une opinion, d'après l'ensemble complet et indivisible des débats.

4° Enfin les cas dont il est question étant prévus et admis expressément par la loi (Code d'instr. crim., art. 332 et 333), on procède régulièrement, tandis que son silence pour le cas relatif aux jurés fournit alors contre l'admission d'un interprète un argument *à contrario*.

On demande encore comment on pourra s'y prendre pour procéder.

Je réponds que je considère tous ceux qui n'entendent pas le langage des débats comme s'ils étaient sourds-muets, et qu'il faut en user avec eux comme on le fait avec ceux qui le sont réellement.

Il n'y aurait donc d'autre moyen que de les exclure de la liste qui se dresse pour le service de chaque année. Car le droit de récusation ne saurait suffire comme seul remède contre l'inconvénient, ni couvrir la nullité. En effet, d'un côté, ce droit est limité et le nombre des jurés ignorant le français est indéfini; si les accusés sont contraints de récuser d'abord ces jurés, leur droit s'épuisant ainsi, ils se trouveront privés de celui d'exercer d'autres récusations nécessaires peut-être à leur cause; et d'un autre côté, il ne peut dépendre d'un accusé d'accepter valablement un juge qui est hors d'état de juger.

Enfin on objecte que ce serait singulièrement aggraver la charge des autres jurés, surtout dans une province comme l'Alsace.

N'importe, répondra l'accusé; il est un malheur plus grand encore, ce serait de livrer mon sort à des hommes qui ne peuvent me comprendre; comme il est un principe qui domine toutes les objections, c'est la nécessité que le juge soit complétement éclairé avant de juger; car sans cela, point de justice.

La première règle est qu'avant tout on soit propre à remplir les fonctions auxquelles on est appelé. Ainsi dans le recrutement de l'armée, le vide que laissent les infirmes est rempli par les hommes valides, entre lesquels la charge se répartit.

Il n'est pas douteux que tôt ou tard la question finira par être définitivement résolue, et alors il faudra bien, quoi qu'il en coûte, se soumettre à l'autorité des véritables principes.

Ne serait-il pas temps de commencer dès à présent, au lieu de s'endormir et de temporiser en continuant à commettre des nullités?

(*Revue de Législation.*)

XV.

RELEVÉ DES OUVRAGES RELATIFS A LA SCIENCE DU DROIT, PUBLIÉS EN FRANCE EN 1837.

DROIT ÉTRANGER.— *Études sur les législations anciennes et modernes*, 1re classe. — Législations orientales 1re partie. — Droit musulman, par Joanny Pharaon et Théodore Dulau, 1re liv., in-8° de 8 feuilles. Paris, Videcoq. fr. 2

Précis des droits et devoirs mutuels des Valaques, des Turcs et des Russes, fondé sur le droit des gens et les Traités. In-8° de 2 feuilles. Paris, Malteste.

DROIT ROMAIN. *Recherches sur le droit de propriété*, chez les Romains sous la république et sous l'empire, par Ch. Giraud. Tome 1er in-8° de 26 feuilles. Aix, Aubin.

Traduction du livre XX et du titre VII du livre XIII des Pandectes, suivie d'un commentaire, et précédée d'un exposé historique des principes du gage, et de l'hypothèque chez les Romains, par M. Pellat. 1re livraison. Paris, Thorel.

Traduction des titres VI et VII des fragments d'Ulpien et des titres des Pandectes, De jure

dotium *et de* donationibus inter virum *et* uxorem, par des notes abondantes, contenant l'explication de tous les principes et de toutes les difficultés propres à la matière. Par un avocat. In-8° de 7 feuilles 1/4. Paris, Fromont Pernet. fr. 2 25

DROIT DES GENS. — *Le droit des gens*, ou Principe de la loi mutuelle, par Vattel. Tome III notes et table par M. S. Pinheiro Ferriera. In-8° de 37 feuilles 1/4. Paris, Aillaud. fr. 7 50

HISTOIRE DU DROIT. — *Études sur les coutumes*, par feu Henri Klimrath, avec une carte de la France coutumière. In-8° de 10 feuilles 1/4. Paris, Levrault. fr. 5 »

Précis de l'histoire du droit civil en France, par M. F. Poncelet. In-8° de 7 feuilles 1/2. Paris, Joubert. fr. 2 50

DROIT FRANÇAIS EN GÉNÉRAL. — *Traité sommaire des diverses parties du droit français*, etc., par A. Rodière. In-8° de 18 feuilles. Paris, rue de Vaugirard, n° 58. fr. 3 50

Éléments du droit français, ou Analyse raisonnée de la législation politique, administrative, civile, commerciale et criminelle de la France, par Alphonse Grün. In-8° de 20 feuilles. Paris, Hachette. fr. 5 »

Notions élémentaires de droit français, par Alphonse Grün. In-8° de 6 feuilles. Paris, Hachette.

CODES. — *Codes français*, collationnés, annotés par Bourguignon, etc. 7e éd. Paris, B. Warée. fr. 4 »

Codes français, collationnés, etc., par Bourguignon. Paris, Warée. — In-8° de 17 feuilles. — Paris, Warée. fr. 4 »

Les Codes, édition soigneusement revue, etc., par A. F. Teulet et Urbain Loiseau. In-8° de 53 feuilles 1re livraison. Paris, Videcoq. fr. 50
In 18. fr. 4 »

Les Codes, par A. Teulet et Loiseau, 2e édit.

Les Codes analysés, ou Table général par ordre alphabétique de toutes les matières que les Codes renferment, par MM. Teulet et Loiseau. In-8° une feuille et demie. Paris, Videcoq. fr. 3 50

Codes français expliqués, par Rogron. T. 2e gr., in 8°. Paris, Videcoq. fr. 35 »

CODE CIVIL. — *Code civil collationné et annoté*, etc., par Bourguignon; nouvelle édition. In-32 de 5 feuilles 1/4. Paris, Warée.

Code civil, édition soigneusement revue sur les textes officiels, contenant une nouvelle corrélation des articles entre eux et l'indication de tous les articles des autres codes et de la loi du 28 mai 1828 sur les faillites qui s'y rapportent, ainsi que les lois, décrets et avis du conseil d'État qui les ont modifiés, expliqués, complétés, et notamment la loi du 20 mai 1838 sur les vices rédhibitoires. — Par Alphonse Teulet et Urbain Loiseau. In-8° de 17 feuilles 1/2. Paris, Videcoq. fr. 2 50

Code civil expliqué, etc., par Rogron. In-18. de 42 feuilles; 10e édition. Paris. Thorel. fr. 9 »

Motifs et discours prononcés, lors de la publication du Code civil par les divers orateurs du conseil d'État et du tribunat. Deux vol. in-8° de 108 feuil. Paris, Didot frères. fr. 22 »

Code de la jeunesse, pour servir au premier degré de l'enseignement du droit civil, par Alph. Baume. In-12 de 6 feuilles. Paris, rue des Fossés Saint-Victor, n° 14.

Commentaire sur le Code civil, par J. M. Boilleux, revu et précédé d'un précis de l'histoire du droit civil, par M. F. F. Poncelet. 4e édition considérablement augmentée. T. Ier et II, in-8° de 40 feuil. Paris, Joubert. fr. 8 »

Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. L. Zachariæ, professeur de l'université de Heidelberg, revue et augmenté, avec l'agrément de l'auteur, par M. C. Aubry et M. Rau. T. I et II. 2 vol. In-8°. Paris, Hingray.

Principes et jurisprudence du Code civil, par M. Laurens. 2 vol. in-8° de 50 feuilles. Paris Videcoq. fr. 15 »

Guide et formulaire, pour la rédaction des actes de l'état civil, des procès-verbaux, déclarations et actes divers, par M. Alphonse Grün. In-18 de 5 feuil. 1/2. Paris, Hachette, rue Pierre-Sarrasin, n° 12. fr. 1 50

Traité de la rédaction des actes de l'état civil; suivi de formulaire de ces actes, par C. P., ancien chef de bureau de l'état civil d'Aix. In-8° de 6 feuilles. Aix, impr. de Guigue.

Actes de l'état civil, instructions élémentaires, par M. Claparède. 2e édit. in-8° de 14 feuilles. Paris, Dupont. fr. 3 »

Traité des empêchements du mariage, ou Commentaire sur le ch. 1er du titre V du Code civil, par J. A. Pezzani. In-8° de 22 feuil. 1/2. Paris, Videcoq. fr. 4 »

Traité de législation et de jurisprudence suivant l'ordre du Code civil, 2e livr., par M. Hennequin. 2 vol. in-8°. Paris, Videcoq. fr. 16 »

Traité des servitudes, ou Services fonciers, 8e édition corrigée et considérablement augmentée en ce qui concerne principalement les actions possessoires et d'après la loi du 25 mai 1838; par J. M. Pardessus. 2 vol. in-8°. Paris, Nève. fr. 18 »

Traité des successions, ou Commentaire du titre 1er du liv. III du Code civil, par M. Poujol. 2 vol. in-8°. Paris, Videcoq. fr. 14 »

Résumé et conférence des commentaires du Code civil sur les successions, donations et testament, par F. A. Vazeille. 3 volumes in-8°. Clermont-Ferrand. Chez Thibaud Landuot. fr. 21 »

Esprit de la jurisprudence sur les principales dispositions du Code civil, par Forrêt de Conflans. Livre III, titre I, des successions. in-8° de 24 feuilles. Paris, rue de la Michodière, n° 18.

Traité du retrait successoral, par M. Xavier Benoît. In-8° de 28 feuilles. Paris, rue des Poitevins, n° 29. fr. 7 »

Traité élémentaire de la séparation des patrimoines, contenant les principes généraux et la solution des questions les plus importantes en cette matière, par M. Lulé Dujardin, juge au tribunal civil de Bordeaux. In-8° de 8 feuilles. Bordeaux, imprimerie de Suwerinck.

Traité du bénéfice d'inventaire et de l'acceptation des successions, par M. Bilhard. In-8° de 37 feuilles. Paris, Delamotte. fr. 7 50

Précis sur la garantie dans la vente et le transport, par M. Savy, avocat, professeur de droit, appliqué au notariat, à Niort. In-8° de 3 feuilles. Niort, imp. de Robin.

Guide des vendeurs et acheteurs d'animaux domestiques, ou Instruction simple sur les cas rédhibitoires, suivant la loi du 20 mai 1838, par M. Bernard. In-18 de 3 feuilles. Toulouse, imprimerie de Corne.

Nouveau manuel des vices rédhibitoires des animaux domestiques, avec leur dénomination et les délais de garantie, etc., par Lavenas. fr. 3 50

Médecine légale hypiatrique, ou Guide du commerce des animaux domestiques, d'après la nouvelle législation sur l'uniformité des cas rédhibitoires et la durée de la garantie dans toute la France, par F. Jauze. In-8°, 1re liv., de 3 feuilles. Paris, Fromont Pernet. 60 c.
Dix livraisons.

Réflexions sur un projet de loi sur les cas

rédhibitoires dans le commerce des animaux, par M. V. Leblanc. In-8o d'une feuille 1/2. Paris, imp. de Decourchant.

Des priviléges et hypothèques, par M. Troplong. 3e édit., 4 vol. In-8o. fr. 36 »

Du Régime hypothécaire, et vues d'améliorations de ce système, par M. Burctey. In-8o de 12 feuilles. Paris, Videcoq. fr. 5 »

Dictionnaire général des hypothèques, ou Manuel général des propriétaires, etc., par M. Despréaux. 1re livraison, In-4o d'une feuilles. Paris, d'Urtubi et Worms.

Manuel du prêteur sur hypothèque, etc., par Ange Dufrayer. 4e édit., in-18 de 6 feuilles. Paris, Barba. fr. 2 »

PROCÉDURE CIVILE. — *Code de procédure civile*, édition soigneusement revue sur les textes officiels, contenant une nouvelle corrélation des articles, etc., par. A. F. Teulet et Urbain Loiseau. In-8o de 8 feuilles 1/4. Paris, Videcoq.

Dictionnaire de procédure civile et commerciale, par MM. Bioche et Goujet, 2e éd. T. 1er In-8o, de 44 feuilles. Paris, Videcoq. fr. 8 »

Lisez avec attention ce prospectus, c'est la mise en pratique de la théorie de mon livre: les Avoués, réduits à leur plus simple expression, ou Instruction générale sur les frais de justice en matière civile. In-8o d'une feuille. Paris, imp., de Proux.

DROIT COMMERCIAL. — *Code de commerce*, annoté de la conférence des articles des Codes entre eux, etc., par Bourguignon, nouvelle édition. In-8o, 7 feuilles 1/2. Paris, Videcoq. fr. 1 50

Répertoire théorique et pratique du droit commercial, par M. L. Girandeau. 1re partie (A—compl.). in-8o de 15 feuilles 1/2. Paris, rue d'Hanovre, no 17. fr. 5 »

Des sociétés commerciales sous le point de vue de l'économie politique, par Émile Bérès. In-8o de 2 feuilles 1/2. Paris, Barba.

Simple exposé sur les sociétés en commandite, à propos du projet de loi présenté aux chambres le 15 février 1838, par B. Pance. In-8o d'une feuille. Paris, Guillemain. 50 c.

Observations sur les faillites et banqueroutes, et sur le dernier projet de loi présenté aux chambres, ou Recherches sur les réformes à opérer dans la législation commerciale, par P. E. Laviron. 2e édition. In-8o de 5 feuilles 1/4. Paris, rue neuve Saint-Martin, no 30. fr. 1 50

Exposé de législation sur les faillites et banqueroutes, par M. P. Coq. In-8o de 7 feuilles. Bordeaux, impr. de Lavigne jeune.

Explication de la loi du 28 mai 1838 sur les faillites et banqueroutes, par E. Longchamp. In-8o, 2 feuilles 1/5. Paris, rue de Savoie, no 9.

Traité des avaries particulières sur marchandises, dans leurs rapports avec le contrat d'assurance maritime; par Jules Delaborde. 2e édit. In-8o de 26 feuilles. Paris, Renard. fr. 6 »

Code maritime, composé des lois de la marine marchande réunies, coordonnées et expliquées par A. Beaussaut. in-8o de 2 feuilles. Paris, imprimerie d'Everat.

Notions préléminaires à l'explication du droit commercial maritime, par M. Bravard Veyrières. In-8o d'une feuille. Paris, Joubert.

INSTRUCTION CRIMINELLE. — *Code d'instruction criminelle*, Code pénal, additions aux Codes d'instruction criminel et pénal.—Session législative 1835, 1837. Supplément au manuel du droit français, par J. B. S. Pailliet. In-4o de 8 feuilles. Paris, Everat.

Manuel du procureur du Roi et du substitut, ou Résumé des fonctions du ministère public près les tribunaux de 1re instance par J. F. L. Massabia, procureur du Roi à Quimperlé. 2 vol. In-8o. Paris, Roret. fr. 15 »

Nouveau manuel du juré, par C. B. Merger. 3e édit. In-18 de 10 feuil. Paris, Maleteste. fr. 3 »

Agenda du juré, notice par ordre alphabétique des lois et de quelques usages dont la connaissance est utile aux jurés. In-18 de 2 feuil. Limoges, impr. de Chapouland.

MÉDECINE LÉGALE. — *Considérations médico-légales sur les empoisonnements simples et complexes*, suivies d'une nouvelle méthode d'analyse générale et d'un nouveau mode d'isolement de l'arsenic, par P. Malle. In-8o de 3 feuilles 1/4. Strasbourg, Levrault.

Système complet de médecine légale, par V. Trinquier. Tome Ier, second fascicule. In-4o. de 24 feuilles 1/2. Paris, Germer-Baillière. fr. 7 »

Nouvelle question de médecine légale, l'introduction d'un placenta et de son cordon dans les parties génitales de la femme est-elle possible hors le temps de l'accouchement et peut-elle, dans certains cas, faire supposer un accouchement réel? par M. Pallassy Desfyoles. In-8o de 3 feuilles 1/4. Paris, Rouvier et Lebouvier.

DROIT PÉNAL. — *Quelques articles sur l'abolition de la peine de mort*, extraits du journal de la Morale chrétienne, par M. de La Rochefoucaud-Liancourt. In-8o de 8 feuilles. Paris, imp. d'Henry.

Théorie du Code pénal, par Adolphe Chauveau et Faustin Hélie. Tome IV. in-8o de 34 feuilles. Paris, Legrand et Bergounioux. fr. 7 »

Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse; par M. Chassan, avocat général près la cour royale de Colmar. Colmar Me Hoffmann. 2 vol. In-8o. Paris, Videcoq. fr. 17 50

Du duel, sous le rapport de la législation et des mœurs, suivie de l'ordonnance de Louis XIV en 1650, du réquisitoire de M. Dupin par Auguste Nougarède de Fayet. In-8o de 7 feuilles. Paris, Capelle. fr. 2 »

Questions des duels. Dans l'état actuel de la législation, l'auteur d'un homicide commis en duel sans déloyauté, ni perfidie, doit-il être poursuivi comme coupable d'assassinat? Par L. A. B. Brenet, conseiller à la cour royale d'Amiens. In-8o de 2 feuilles Amiens, Boudon-Caron.(Contre l'opinion de M. Dupin.)

Du duel, par Pinte (du Pas de Calais), dissertation en cinq parties; 1o réfutation de la brochure de M. Augustin Chaho; 2o Michel de Bourges provoqué en duel; 3o critique de l'opinion de M. Dupin; 4o des moyens de réprimer le duel; 5o Conclusion. In-18 d'une feuil. Paris, Renduel. 75 c.

Du duel et de sa législation, mémoire couronné par l'Académie de Châlons-sur-Marne, par Jules Jolly. In-8o, 2 feuilles. Paris, Wittersheim.

Le nouveau Code rural, ou Le jurisconsulte campagnard, contenant le Code rural de 1791, le Code forestier, etc. In-12 de 9 feuilles. Avignon, Chaillot, jeune. fr. 2 50

De la médecine légale des aliénés, dans ses rapports avec la législation criminelle, discours, etc., par Alexandre Bottex. In-8o de 6 feuilles 1/2. Lyon, imp. de Perrin.

Examen du projet de loi sur les aliénés, par E. Esquirol, médecin en chef de la maison des aliénés de Charenton. Paris, Baillière. 1 fr. 50

Des aliénés, loi du 30 juin 1838, avec les commentaires de M. Albin Lerat de Magnitot. In-8o d'une feuilles 1/2. Paris, Joubert.

Examen critique du projet de loi sur la séquestration des aliénés, par Adéodat Faivre. In-8° de 4 feuilles. Lyon, Maire frère. (Loi du 30 juin 1838).

RÉGIME PÉNITENTIAIRE.—*Sur le régime pénitentiaire*, opinion de M.P. Guillot entrepreneur du service des maisons centrales de Gaillon et Poissy, etc. In-8° de 2 feuilles. Poissy, veuve Portmann.

De la nécessité de réformer le régime des maisons d'arrêts, par Casimir Vatin. In-8° 4 feuil. 3/4. Paris, Guyot et Scribe.

De l'introduction du système pénitentiaire en France, par M. V. Baison. In-8° de 15 feuilles. Paris, rue Louis le Grand, n° 6.

De la réforme des prisons, par Léon Faucher. In-8° de 20 feuilles 1/2. Paris, Angé. fr. 5 »

De la réforme des prisons, par Ch. Lucas. Tome II et III. In-8°. Paris, Legrand et Descauriet. fr. 13 »

Appendice à la théorie de l'emprisonnement, ou Réponse aux écoles opposantes en général et à l'école pensylvanienne en particulier, suivi de quelques mots sur la réforme des prisons en France, par M. Ch. Lucas. In-8° de 11 feuilles 1/2. Paris, imp., de Bourgogne.

De la réforme du système pénitentiaire dans les maisons centrales, par M. A. Peigné. In-8° de quatre feuilles. Paris, Pesron. fr. 1 50.

Rapport sur le système pénitentiaire fait à la conférence du conseil d'État le 20 mars 1838, par M. Leonce Hallez. Paris, imp. de Loquin.

JUSTICES DE PAIX. — *Code spécial de la justice de paix*, contenant par ordre alphabétique, le texte des lois, décrets, etc. etc., annoté d'arrêts des cours royales et de la cour de cassation, par P. H. Baudouin. In-8° de 31 feuilles 1/2. Paris, Videcoq. fr. 7 50

Principes ou traité théorique et pratique des actions possessoires, par J. M. Carou. Paris, Thorel. fr. 8 »

Manuel des justices de paix, ou Traité des fonctions et attributions des juges de Paix, des greffiers, et huissiers attachés à leur tribunal, par Levasseur. 13e édition mise en rapport, etc. In-8° de 5 feuilles. Paris, rue d'Hanovre, n° 17.— Contient le commentaire ci-dessus annoncé.

De la compétence des juges de Paix, par P. P. Henrion de Pansey, 11e édition augmentée de la loi du 26 mai 1838. Paris, Benjamin Duprat. In-8°. fr. 6 »

Idées sur la justice de paix, publiées à l'occasion d'un projet de loi présenté à la chambre des députés le 15 février 1838, par M. Aimé Fradin, juge de paix à Poitiers. Poitiers, imp. de Saurin.

Observations sur le projet de loi relatif aux justices de paix, par S. Angot, huissier à Brest. In-8° de 5 feuilles 3/5. Paris, Berquet et Petion.

Observations sur quelques articles du projet de loi concernant les justices de paix, par A. Rouillon. In-8° de 2 feuilles. Paris, imprimerie de Baudouin.

Loi sur les justices de paix, contenant les exposés des motifs, les rapports aux deux chambres, les discours et l'analyse, en regard de chaque article, de la discussion générale. In-8° de 7 feuilles 1/4. Paris, Thorel.

Commentaire sur la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix, par M. L. Giraudeau. In-8° de 11 feuilles 1/2. Paris, rue d'Hanovre, n° 17.

Observations sur les articles 16 et 17 du projet de loi relatif aux justices de paix. In-4° de 2 feuil. 1/2. Paris, imp. de Decourchant.

Nouvelles observations des huissiers des justices de paix, relativement au projet de loi présenté par M. le garde des sceaux à la séance du 16 février 1838. In-4° d'une feuille. Paris, imprimerie de Chassaignon.

Du projet de loi sur les justices de paix, par Louis Rabou. In-8° d'une feuille. Paris, imprimerie de Brun.

Commentaire sur la loi nouvelle des justices de paix, telle qu'elle a été adoptée et amendée par la chambre des Pairs, le 27 juin 1837. Par M. Cuvelier. In-8° de 2 feuilles 1/2. Caen, Hardel. fr. 1 75

Commentaire sur la loi nouvelle des justices de paix, par M. Cuvelier. In-8° de 5 feuilles. Paris, Derache.

Commentaire de la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix, par M. L. Giraudeau. In-8° de 7 feuilles 1/4. Paris, rue d'Hanovre, n° 17. fr. 2 »

Examen critique et commentaire de la loi sur les justices de paix du 25 mai 1838, par M. Moureau (de Vaucluse). In-18 de 4 feuilles 5/6. Paris, Videcoq et Joubert. fr. 2 25

Commentaire de la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix, par Marc Deffaux. In-8° de 9 feuil. Paris, rue des Grès, n° 16.

Le nouvel huissier des justices de paix, ou Manuel de ce fonctionnaire d'après les nouvelles lois par Louis Villemot. In-8° de 26 feuilles. Dijon, Douillier. fr. 7 50

DROIT ADMINISTRATIF, *et varia*.— *Traité des droits d'auteurs*, dans la littérature, les sciences et les arts, par Augustin Charles Renouard. T. 2 1er. In-8° de 30 feuilles 1/2. Paris, Ch. Renouard. fr. 7 50

De l'organisation et des attributions des conseils généraux de département et des conseils d'arrondissement, par M. J. Dumesnil. 2e édition augmentée d'un commentaire de la loi du 10 mai 1838, sur les attributions des conseils généraux, etc. In-8° de 6 feuilles. Paris, Mme Goullet. fr. 3 50

De la compétence des conseils de préfecture, résumé de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence relatives à cette compétence, par J. F. Cocaigne. In-8° de 14 feuilles. Evreux, Come. fr. 3 50

Annuaire de la jurisprudence administrative, 1836-1837, faisant suite à l'ouvrage intitulé, Jurisprudence administrative, etc., par M. Théodore Chevalier. In-8° de 11 feuil. Paris, Videcoq. fr. 4 »

Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics, ou Traité théorique de législation et de jurisprudence, avec un appendice contenant les lois et règlements qui sont l'objet de chaque traité. 2e édition. Par M. Cotelle. Tome 1er. In-8°. Paris, Thorel. fr. 7 »

Éléments de droits public et administratif, ou Exposition méthodique des principes du droit public, avec l'indication des lois à l'appui : suivi d'un appendice contenant le texte des principales lois, etc., par E. Foucart. 3 vol. In-8°. Paris, Videcoq. fr. 21 »

Cours de droit administratif, par M. Schutzemberger, discours d'ouverture. In-8° d'une feuil. Strasbourg. imp. de Silberman.

Nouveau manuel sur la jurisprudence de police administrative, civile, judiciaire et criminelle et sur les professions, états et commerces basés sur les lois, etc., par M. Bertrand, ancien commissaire de police. 2e édition. In-8° de 40 feuilles. Angoulême. imp., de Raynaud.

De la contribution foncière en France, par M. Desabes. In-4° de 5 feuilles, plus 3 tableaux. Imp d'Henry, à Paris.

Nouvelles considérations sur les enfants trouvés, par J. F. Terme et J. B. Monfalcon; suivies des rapports sur l'histoire des enfants trouvés, faits à l'Académie des sciences morales et politiques, par Benviston de Château-Neuf, à l'Académie française, par M. Villemain. In-8° de 7 feuilles. Lyon, imp. de Bajat.

Examen de la législation sur les enfants trouvés, proposition d'un nouveau système d'admission des enfants dans les hospices. In-8° d'une feuille 3/4. Bordeaux, Balarac, jeune.

Dictionnaire municipal, ou Manuel analytique et complet d'administration communale, contenant par ordre alphabétique, le résumé méthodique des principales dispositions des lois, etc., par A. de Puibusque. 1re partie. A.-EGL. In-8° de 25 feuilles. Paris, Dupont. fr. 4 50

Loi sur l'administration municipale, recueil contenant les ordonnances et circulaires relatives à la loi du 18 juillet 1837, sur l'administration municipale, et un exposé des principes de législation et des règles de jurisprudence administrative et judiciaire qui président à l'administration des communes. Par M. D. Cormenin. In-8° de 7 feuilles 3/5. Paris, Dupont. fr. 3 »

Traité de l'organisation et des attributions des corps municipaux d'après la législation et la jurisprudence actuelle. Par M. A. Bost, avocat. Tome II et dernier, in-8° de 33 feuilles. Paris, rue du Pot de Fer, n° 12. Prix des 2 volumes. fr. 15 »

Dictionnaire des prescriptions, en matière civile, commerciale, criminelle, des matières de délits et de contraventions, en matière administrative et fiscale. Par J. Bousquet. In-8°. Paris, Videcoq. fr. 6 »

Législation française sur les mines, minières, carrières, etc., par A. Richard. 2 vol. in-8°, ensemble 52 feuilles. Paris, Anselin. fr. 15 »

Traité complet du droit de chasse, par M. Petit. 2 vol. in-8°. Paris, Thorel. fr. 12 »

Traité général des eaux et forêts, chasses et pêches, 1re partie, recueil chronologique, contenant les ordonnances, édits et déclarations des rois de France, les arrêts du conseil et des cours souveraines, les lois, etc., ouvrage publié jusqu'à 1829 inclus, par M. Baudrillart et continué depuis cette époque par M. P. Herbin de Halle. 17e livraison, année 1837. — 2e semestre. In-4° de 16 feuilles 3/5. Paris, Arthus Bertrand. fr. 8 »

Cet ouvrage est divisé en 4 parties. — Le recueil chronologique, qui forme la 1re partie, contient jusqu'à présent 5 volumes in-4°, avec un atlas même format.

Essai sur la magistrature de l'ordre judiciaire, par un magistrat. In-8° de 12 feuilles. Paris, Videcoq. fr. 4 »

La magistrature française sous Henri IV, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée à la cour royal d'Agen le 9 novembre 1837, par M. Labat, premier avocat général. In-8° de 2 feuilles. Agen, imp. de Roubel.

Observations sur la nécessité d'augmenter les traitements de la magistrature. In-8° de 2 feuilles. Niort, imp., de Morisset.

Conseil d'État, conseil royal, chambre des pairs, vénalité des charges, duel et peine de mort, par Bavoux. In-8° de 21 feuilles. Paris, Aillaud. fr. 5 »

Manuel des assurances, ou Recueil des notions nécessaires pour traiter avec les compagnies d'assurance contre l'incendie et pour être assuré valablement par M. Vilcoq, avocat. In-8°, Chartres, imp. de Durand.

Traité des offices désignés dans l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, concernant les avocats à la cour de cassation, les notaires, les avoués, les greffiers, les huissiers, les commissaires-priseurs, les agents de change et les courtiers. Par M. le chevalier Dard. In-8° de 58 feuilles. Hingray.

Livre des logeurs et traiteurs, code complet des aubergistes, maîtres d'hôtel, etc., suivi d'un traité complet de la législation sur les boissons, droits de circulation, d'entrée octroi, et impôts de consommation. In-18 de 6 feuilles. Paris, Pagnerre.

Nouveau code du propriétaire et du négociant, par une société de jurisconsultes. In-8°. Paris, Cormon.

Notice biographique sur Barbeyrac, par G. Laissac. In-8° de 3 feuilles, imp. de veuve Ricard, à Montpellier.

Essai historique et critique sur Domat, par M. Jouvet Desmarand. In-8° de 5 feuilles. Riom, Dessales fils.

Nouveau code des maîtres de postes, des entrepreneurs de diligences et de roulage et des voituriers en général par terre et par eau, par A. Lanoé. 2 vol. in-8° de 55 feuilles. Paris, Roret. fr. 12 »

Manuel des fabriciens, imprimé par ordre de monseigneur l'évêque de Gap. In-8° de 27 feuilles 1/2. Gap, imp. d'Allier.

Des fonctions, des obligations et des biens des dignitaires ecclésiastiques, ou Ancienne et nouvelle discipline de l'Église, touchant les bénéfices et les bénéficiers, etc. 2 vol. in-8°.

Poursuites en matière de contributions directes, commentaire sur le règlement adopté par le ministre des finances en date du 26 août 1825, etc., par C. Dureau. Tome Ier. In-8° de 64 feuilles 1/4. Paris, place Belle Chasse, n° 8. fr. 15 »

NOTARIAT. — *Législation simplifiée*, ou Application de la méthode synoptique aux actes et contrats, par M. H. Cellier. In-8° de 2 feuilles 1/2, Paris, Joubert.

Observations soumises aux chambres législatives sur les charges de notaires et d'avoués, par M. A. P . . . ancien magistrat. In-8° de 3 feuil. Paris Dentu. fr. 3 »

La clef du notariat, par Ledru. 5e édition. Paris, Lucas. fr. 6 »

Nouveau dictionnaire des notaires et des préposés de l'enregistrement. T. III. In-8°. Paris, rue Notre-Dame-des-Victoires, n° 35.

ENREGISTREMENT. — *Tarif synoptique des droits de l'enregistrement*, par les rédacteurs du Code annoté et du bulletin annuel de l'enregistrement. 1839, *in plano*, Paris, Pissin. fr. 1 »

Manuel du surnuméraire de l'enregistrement et des domaines, par Flour de Saint-Genis, 2e édit. In-8° de 22 feuilles. Paris, rue Saint-Florentin, n° 14.

Bulletin annoté de l'enregistrement, faisant suite au Code annoté, etc., publiée sous la direction de M. Masson Delonpré. 1re année. fr. 2 »

Revue du Notariat et de l'enregistrement, Recueil périodique et critique par M. Dalloz aîné et autres. T. IV. In-8° de 27 feuilles. Paris, rue des Beaux-Arts, n° 15. fr. 12 »

Tome III. fr. 8 »

Manuel de héritiers, donataires et légataires, en matière de droits de successions. Par M. Despréaux, suivi du Code de famille, ou Entretiens sur l'état des personnes, etc., par M. Louis Bellet. In-16 de 6 feuil. Paris, Desrez. fr. 1 50

Instructions générales et circulaires, de M. le conseiller d'État directeur général de l'administration de l'enregistrement et des domaines, nos 1529-1553,

REVUE

DES

REVUES DE DROIT.

XVI.

DE LA DÉNONCIATION DU NOUVEL ŒUVRE,

PAR A. D'HAUTEUILLE, DOCTEUR EN DROIT.

Il est un point de vue sous lequel les études du droit romain, qui ont tant de peine à se restaurer parmi nous, me paraissent pleines d'attrait et d'utilité en même temps; c'est celui de l'explication historique des nombreuses théories de droit civil qui des compilations romaines ou bizantines ont passé dans notre jurisprudence, et de là, même dans nos codes modernes. On a souvent observé que notre droit actuel est le résultat de la fusion de trois éléments divers: le droit romain, les lois barbares, le droit canonique. Mais, dans ce mélange, la part de la législation romaine est peut-être plus importante et plus intéressante qu'on ne le pense communément; les lois barbares ont la base de leur autorité dans le droit de la conquête; le droit canonique dans l'influence sacerdotale; le droit romain ne s'est conservé une place que par l'autorité de la raison, *non ratione imperii, sed imperio rationis :* de là vient que l'élément barbare et l'élément ecclésiastique se retrouvent presque exclusivement dans tout ce qui tient de près ou de loin au droit public actuel, comme, par exemple, dans la procédure et dans le droit des personnes, tandis que l'élément romain s'est perpétué dans tout ce qui est de pur droit civil, car c'est en pareille matière que les lois peuvent le plus facilement se transmettre d'un peuple à un autre malgré des différences de mœurs et d'organisation politique; or ce sont précisément là les matières qui offrent la mine la plus féconde à l'interprétation des jurisconsultes et à l'argumentation du barreau. Aussi bien suis-je convaincu que l'on pourrait jeter un nouveau jour sur un grand nombre des difficultés de notre droit actuel en reprenant à leur origine dans le droit romain classique les théories des points les plus délicats du droit civil, pour suivre leur marche à travers les réformes inintelligentes du Bas-Empire, et les travaux érudits du moyen âge, jusqu'à la place qu'elles viennent occuper dans nos commentaires du Code civil et nos compilations d'arrêts.

C'est une investigation de ce genre que j'ai voulu tenter pour une doctrine spéciale; j'ai choisi une matière d'origine purement romaine, la dénonciation de Nouvel œuvre; elle nous vient du droit romain, disent dès le commencement tous les auteurs qui en ont traité, et c'est là peut-être le seul point sur lequel ils soient unanimes.

Je commencerai donc par exposer les principes de la dénonciation de nouvel œuvre en

romain, et pour cette première partie de mon travail, je suivrai pas à pas une savante dissertation insérée dans un des nombreux recueils de jurisprudence qui paraissent en Allemagne (1). Je crois nécessaire d'ajouter ensuite quelques considérations sur diverses voies de droit que les commentateurs ont souvent confondues avec la dénonciation de nouvel œuvre; puis je retracerai les transformations qu'a subies cette institution romaine sous les mains de nos anciens auteurs et ce qu'elle est devenue dans la jurisprudence actuelle; enfin je hasarderai quelques vues sur ce qu'elle pourrait être en l'état présent de notre législation si l'on pouvait remonter aux sources premières, abandonnant des erreurs sanctionnées par le temps.

§ 1er. *Théorie de la dénonciation de nouvel œuvre en droit romain.*

Il était permis en certain cas à celui à qui des travaux commencés devaient porter préjudice, d'en arrêter provisoirement l'exécution par une opposition interjetée en une forme solennelle déterminée. C'est cette opposition que l'on nommait dénonciation de nouvel œuvre (*operis novi nunciatio*). Il n'était nullement nécessaire, pour pouvoir la former utilement, de prouver le droit que l'on pouvait avoir d'empêcher les travaux: cette preuve faisait l'objet d'une instance ultérieure; et en attendant, la dénonciation liait les mains à l'auteur des travaux jusqu'à ce qu'il en eût obtenu la main levée (*remissio*), tellement que, s'il se permettait de continuer son nouvel œuvre, le dénonçant obtenait par un interdit la destruction de tout ce qui avait été fait au mépris de son opposition.

Telle était sommairement la dénonciation de nouvel œuvre en droit romain: pour la connaître à fond, il nous faut examiner d'abord en quel cas et à quelles conditions la dénonciation de nouvel œuvre était permise, et quelles en étaient les formes: nous montrerons ensuite quelle en était l'efficacité et enfin de quelles manières se pouvait lever l'obstacle qu'elle mettait à la confection des travaux.

C'est un principe fondamental à ne jamais perdre de vue, que la dénonciation, pour produire l'effet qui lui est propre, la suspension des travaux, n'a nullement besoin d'être fondée sur un droit de les empêcher: *sive jure, sive injuriâ opus fieret*, dit la loi 1re, Dig. de op. n. n. S'il est parlé en certaines lois du *jus nunciandi* (2), ce n'est point de la faculté de former une dénonciation que cette expression doit s'entendre, mais du droit d'empêcher les travaux, qui doit faire l'objet de l'instance au fond, et qui doit exister pour justifier la dénonciation et la faire convertir par le juge en une défense définitive d'exécuter les travaux entrepris. Mais la dénonciation par elle-même suspend toujours provisoirement les travaux sans que ce droit ait besoin d'être prouvé; elle suppose seulement dès le principe que ce droit est prétendu.

Il est même essentiel d'observer que nulle loi romaine n'exige comme condition de la légitimité d'une dénonciation de nouvel œuvre, la possession d'un droit auquel le nouvel œuvre porterait atteinte.

Il est encore indifférent que le nouvel œuvre soit construit sur le fonds de celui qui s'élève, ou sur le fonds du dénonçant. Chez les modernes on a souvent considéré la dénonciation comme spécialement destinée à arrêter un voisin qui construit chez lui: mais des textes formels du digeste l'appliquent également au cas où un voisin vient construire sur notre propre fonds (3), et le soin que prend Ulpien d'avertir qu'il y a des voies de droit plus avantageuses que la dénonciation pour le cas où le nouvel œuvre empiète sur notre fonds, prouve bien qu'elle était également admise en cette hypothèse.

Quelles sortes de travaux peuvent être arrêtés par la dénonciation? Telle est la première question qui se présente lorsqu'on recherche les conditions d'admissibilité de la dénonciation; et en effet, elle n'est point susceptible d'être employée contre toute espèce de NOUVELLETÉ: le nouvel œuvre doit être *opus solo conjunctum*, ce qui signifie qu'il doit consister en constructions ou en démolitions changeant l'état antérieur des lieux; définition qui exclut tout ce qui tient à l'exploitation, comme, par exemple, les plantations, l'enlèvement des récoltes, etc.; le mot *opus*, œuvre, renferme aussi une idée de durée qui exclut tout ce qui est attentat passager à la propriété, comme, par exemple, le fait de couper des arbres (4).

---

(1) *Rheinisch. Museum.* — Tome III, 4e cahier. — Dissertation de M. G. Hasse.

(2) L. *unica*, § 3e, Dig. *de remissionibus: jus habet opus novum nunciandi qui aut dominium aut servitutem habet.*

(3) L. 5, § 9, hoc tit. *Triplicem esse causam op. novi nunciationis..... naturalem cùm in nostras ædes quid immittitur aut ædificatur in nostro.*

(4) L. 1, § 11, 12, 13, *hoc tit.*

La nature du nouvel œuvre ainsi déterminée, il faut préciser sous quel rapport se considère le dommage qu'il doit causer ou faire craindre pour justifier une dénonciation, ce qui conduit à examiner quelles personnes peuvent dénoncer le nouvel œuvre. Car il serait très-inexact de dire que tout dommage autorise la dénonciation, et que toute personne qui éprouve le dommage peut dénoncer. Un tel principe serait contraire aux textes les plus formels, qui refusent le droit de dénoncer à diverses personnes, quoiqu'elles éprouvent un dommage par suite du nouvel œuvre, notamment à l'usufruitier vis-à-vis du nu propriétaire, et au co propriétaire vis-à-vis de ses associés (1); et il suffirait pour le renverser d'observer que jamais on n'a pensé à permettre la dénonciation au fermier, qui cependant est d'ordinaire intéressé à ce que le nouvel œuvre ne se poursuive pas. Mais où puisera-t-on le droit de dénoncer, s'il est bien démontré que ce ne peut être dans le dommage que l'on peut personnellement éprouver par suite du nouvel œuvre?

Toutes les lois qui déterminent quelles personnes peuvent dénoncer, considèrent les personnes au sujet desquelles elle posent cette question sous le point de vue de la relation qui existe entre elles et un fonds auquel le nouvel œuvre préjudicie. La question est discutée successivement pour le propriétaire, le créancier gagiste, l'usufruitier, le superficiaire, le fermier, etc. C'est donc par rapport au fonds et par rapport à la personne, que se considère le dommage: c'est le fonds qui doit être lésé pour qu'il y ait lieu à dénonciation; c'est au fonds qu'appartient le droit de dénoncer, et la personne qui l'exerce n'est que le représentant du fonds. Cette idée de droits appartenant à un fonds et de personnes représentant un fonds pour l'exercice de ces droits n'est point étrangère à la jurisprudence romaine, ni spéciale à notre matière. Les servitudes, *jura prædiorum*, ne sont point autre chose; aussi sont-elles insusceptibles d'être possédées directement par une personne; mais on les considère seulement comme étant possédées par celui qui possède le fonds auquel elles appartiennent (2). Or le droit de dénonciation est, comme la servitude, un véritable *jus prædii;* il est comme elle inhérent au fonds et ne peut être exercé que par la personne ayant qualité pour représenter le fonds. Ce qui confirme le plus fortement cette opinion, c'est de voir plusieurs textes conclure du droit de revendiquer les servitudes au droit de dénoncer le nouvel œuvre (3).

Nous n'aurons cependant point encore résolu la difficulté si nous ne déterminons à quoi tient en une personne, le droit de représenter un fonds pour exercer la dénonciation de nouvel œuvre. Si l'on parcourt les différents textes qui décident quelles personnes ont le droit de dénoncer, on se convaincra que ce droit tient à la possession du fonds lésé. Il est vrai qu'aucune loi ne l'attribue formellement au possesseur; au contraire, le propriétaire est désigné comme la personne à laquelle il appartient d'ordinaire: mais le possesseur est présumé propriétaire, et cette présomption est surtout invincible lorsqu'elle est opposée à celui qui ne se prétend point propriétaire lui-même: c'est ce qui se rencontre dans la dénonciation de nouvel œuvre; aussi bien le possesseur dénonçant se présentera toujours comme propriétaire et sera nécessairement tenu pour tel. Mais ce qui démontre principalement que le droit de dénoncer dépend de la possession, c'est que la dénonciation est permise à celui qui n'a qu'une possession concédée par le propriétaire, une possession dérivée, selon l'expression de M. de Savigny (4), et qui se trouve ainsi possesseur sans pouvoir se prétendre propriétaire. Ainsi elle est permise notamment au créancier gagiste (5), qui ne tient au fonds engagé que par une possession de ce genre. L'usufruitier, au contraire, qui n'a point de possession du fonds ne peut exercer la dénonciation, si ce n'est comme procureur-né du propriétaire, et par conséquent jamais contre le propriétaire lui-même. Le superficiaire devait être dans le même cas; car la loi 3, § 3, *hoc tit.*, lui accordant le droit de dénoncer *si opus fiat a vicino,* semble indiquer qu'il ne le pourrait, si l'œuvre était faite par le propriétaire. Enfin, l'un des co propriétaires ne peut dénoncer le nouvel œuvre à l'encontre des autres, parce que, vis-à-vis d'eux, il n'est point possesseur, et n'a point qualité suffisante pour représenter le fonds (6).

Après avoir ainsi déterminé quelles personnes peuvent faire la dénonciation, il con-

(1) L. 2 et 3, Dig. *hoc tit.*
(2) L. 32, § 1, Dig. *de serv. præd. urb.*
(3) L. 3, § 3. — L. 9, Dig. *hoc tit.*

(4) *Abgeleitetes Besitz vid. das Recht des Besitzes*, § 23.
(5) L. 9, *hoc tit.*
(6) L. 3, § 1, *hoc tit.*

vient d'examiner à qui elle doit être faite, ce qui nous conduira naturellement à en rechercher les formes.

De même que la dénonciation est faite dans l'intérêt et au nom d'un fonds, de même aussi elle se fait contre le sol où le nouvel œuvre est construit, et non contre la personne qui le construit. Ce principe est formellement exprimé par la loi 10, *hoc tit.* : *operis novi nunciatio in rem fit, non in personam;* mais sa concision peut laisser quelque obscurité qui s'éclaircira par le développement de ses conséquences.

La dénonciation ne s'adresse point à telle ou telle personne, mais au fonds lui-même sur lequel ou dans l'intérêt duquel se fait le nouvel œuvre, de telle sorte que la personne qui la reçoit n'est qu'un intermédiaire, et que tout ouvrage fait postérieurement et contrairement à la dénonciation, par quelque personne que ce soit, est illégal. Il n'importe nullement que le fonds ait changé de propriétaire depuis la dénonciation; le nouveau propriétaire sera empêché de construire aussi bien que l'ancien, et il n'importe même point qu'il ait ou qu'il n'ait point connaissance de la dénonciation. La dénonciation crée donc *un droit réel*, une sorte de servitude sur le fonds dans l'intérêt duquel était construit le nouvel œuvre : ses effets sont absolument indépendants des mutations de propriétaire, et généralement de toutes considérations relatives aux personnes.

Adversus absentes etiam et invitos et ignorantes operis novi nunciatio procedit. L. 1, § 3, hoc tit.

Is demum obligatus est qui eum locum possidet in quem opus novum nunciatum est. L. ult., hoc tit.

Du principe que la dénonciation est faite *in rem* se déduisent ses formes essentielles; elles peuvent se réduire à deux :

1° Que la dénonciation soit faite *in re præsenti;*

2° Qu'elle soit faite à une personne placée sur les lieux à cause de l'ouvrage et capable de rapporter à celui qui le fait construire, les défenses qu'elle reçoit pour lui.

Ces deux conditions sont exprimées à la fois par la loi 5, § 3, *hoc tit.* :

Et generaliter ei nunciari opus novum potest qui in re præsenti fuit domini operisve nomine..... sufficit enim in re præsenti operis novi nunciationem factam sic ut domino possit renunciari.

Il est probable qu'originairement il y avait certaine formule prescrite pour la dénonciation; elle ne nous est point parvenue; mais si nous n'en avons point les termes sacramentels, nous savons du moins qu'elle ne pouvait être que l'expression d'une opposition à la continuation des travaux; et d'ailleurs les seules formes internes importantes à déterminer sont les deux que je viens de mentionner, — le lieu où la dénonciation doit être faite, — les personnes auxquelles on doit s'adresser.

Du reste, la dénonciation était un acte extrà-judiciaire de sa nature; il est du moins bien constaté que, pour la pratiquer, il n'était point nécessaire de se faire autoriser par le magistrat.

Nunciatio ex hoc edicto necessariam non habet prætoris aditionem. Leg. 1, § 2, Dig. hoc tit.

Mais ce texte même indique que l'autorisation du préteur, quoique non nécessaire, était cependant quelquefois demandée; et, en effet, des textes précis (1) parlent de dénonciation permise, refusée, défendue par le préteur, ce qui suppose bien que souvent on s'abstenait de la pratiquer d'autorité privée. Cette singularité ne se peut expliquer d'une manière satisfaisante par la distinction de divers cas où l'autorisation du préteur aurait été nécessaire, et d'autres où elle ne l'eût point été; car on ne trouve dans aucun texte des traces d'une pareille distinction; et la loi rapportée ci-dessus pose au contraire en principe général, que l'autorisation n'est point nécessaire. On peut supposer, et cela n'est point invraisemblable, que la dénonciation de nouvel œuvre commença à être pratiquée au moyen d'autorisations spécialement données par le préteur pour chaque cas; et que l'usage de la pratiquer d'autorité privée ne s'introduisit que lorsque, le préteur ayant prévu, dans son édit, les cas de dénonciation, la jurisprudence put la considérer comme autorisée par avance dans tous les cas prévus; mais, après même que cette jurisprudence se fut établie, la dénonciation spécialement autorisée ne fut point exclue; il devint seulement facultatif de se passer de l'autorisation; c'est pourquoi les textes posent comme règle générale que l'autorisation n'est point nécessaire, et cependant présentent des exemples de cas où elle a été demandée, et même où elle a été refusée. Cette contradiction apparente s'expliquera, si nous montrons que l'autorisation, quoique n'étant plus nécessaire, conserva cependant certains avantages spéciaux; et nous aurons bientôt, en effet, occasion de voir quels étaient ces avantages, en traitant de l'interdit qui suit la dénonciation.

Il ne faut point croire, cependant, que les expressions *per prætorem prohibere* (L. 5,

(1) L. 16. — L. 19, Dig. *hoc tit.*

§ 10) désignent la dénonciation autorisée par le préteur, ni que le *jactus lapilli*, dont il est parlé en plusieurs textes, soit la forme solennelle de la dénonciation. Nous démontrerons plus tard que ces expressions désignent deux voies de droit bien différentes de la dénonciation.

Venons-en maintenant aux effets de la dénonciation.

Lorsque, malgré la dénonciation, les travaux ont été continués, le dénonçant vient demander au préteur l'interdit que l'édit promettait en ces termes :

Quem in locum nunciatum est ne quid operis novi fieret, qua de re agitur : quod in eo loco antequam nunciatio missa fieret aut in ea causa esset ut remitti deberet, factum est, id restituas. L. 20 pr. Dig. hoc tit.

Cet interdit était restitutoire et ordonnait la démolition des travaux faits depuis la dénonciation. C'est pourquoi on avait ordinairement la précaution, en faisant la dénonciation, de faire constater le point où en étaient les travaux au moment où on les arrêtait; c'est ce que l'on appelait *modulos sumere* (1).

Les termes mêmes de l'édit indiquent que, pour obtenir cet interdit, on doit prouver :

1° Qu'une dénonciation a été faite légalement, *quem in locum nunciatum est*, etc.;

2° Qu'elle a été méprisée, *quod in eo loco... factum est*.

Par *dénonciation faite légalement*, nous entendons seulement dénonciation faite selon les formes et conditions légales ci-dessus expliquées : on devra donc prouver que l'ouvrage dénoncé portait préjudice à un fonds, — que l'on avait qualité pour représenter ce fonds, — que l'on a fait la dénonciation dans les formes prescrites. Mais la question foncière, c'est-à-dire la question du droit que prétend avoir le dénonçant d'empêcher les travaux, n'est nullement examinée sur la demande de l'interdit; elle est réservée pour faire l'objet d'une instance ultérieure et d'un jugement définitif, l'interdit n'ayant pour but que de faire respecter, jusqu'à l'issue de cette instance, l'empêchement provisoire qu'apporte la dénonciation à la continuation des travaux.

L'auteur des travaux peut décliner l'application de l'interdit, soit en contestant la légalité de la dénonciation, soit en opposant qu'elle a été levée (*ante quam nunciatio missa fieret*), soit en alléguant diverses exceptions admises en des cas spéciaux (*aut in ea causa esset ut remitti deberet*); car certains motifs, tels que l'urgence des travaux, l'utilité publique, la salubrité, etc., autorisaient l'auteur des travaux à ne tenir nul compte de la dénonciation, et fondaient, par suite, des exceptions à l'interdit (2).

Il est facile maintenant de conjecturer de quels avantages devait jouir la dénonciation autorisée, sur celle qui ne l'était point. Le préteur, avant d'accorder son autorisation, devait s'assurer qu'on se trouvait dans les conditions légales de la dénonciation, et, dès lors, l'auteur des travaux ne devait plus être admis, lors de la demande de l'interdit, à contester la légalité, ainsi préjugée, de la dénonciation, ni à opposer les exceptions d'urgence, d'utilité publique, etc. ; il ne devait plus avoir d'autre ressource que les nullités de forme. C'est par là que nous pouvons expliquer comment il se fait que l'usage de faire autoriser la dénonciation se soit perpétué après que cette autorisation fut déclarée n'être point indispensable.

L'effet de l'interdit obtenu est, avons-nous dit, de forcer la démolition de ce qui a été construit depuis la dénonciation; cet effet est produit contre toute personne, c'est-à-dire quel que soit l'auteur des travaux faits depuis la dénonciation, et quel que soit le possesseur du lieu où ils ont été faits, à l'époque où l'interdit est obtenu : et cela résulte du caractère réel de la dénonciation, de ce qu'elle a été faite *in rem, non in personam;* cependant il faut observer que les effets de l'interdit ne sont point précisément les mêmes contre toute personne : celui qui n'est tenu de l'interdit que comme tiers détenteur, et en vertu de la *réalité* de la dénonciation ne doit que souffrir la destruction du nouvel œuvre, *debet patentiam destruendi operis;* celui au contraire qui, ayant reçu lui-même la dénonciation, a agi contre elle sciemment, doit de plus la peine de sa mauvaise foi, les frais de la destruction (3).

Il peut paraître étonnant qu'une simple sommation privée, comme est la dénonciation du nouvel œuvre, ait obtenu une force obligatoire, et que cette efficacité lui ait même été donnée, sans qu'elle ait besoin d'être fondée sur un droit ni sur une possession; car il est ordinaire, en jurisprudence, que le juge seul puisse ordonner ou défendre, et l'on reconnaît aussi comme une règle générale, que le dommage seul ne suffit point pour fonder une action, mais qu'il faut encore

(1) L. 8, § 5, Dig. *hoc tit.*
(2) L. 5, § 11, 12, 13, Dig. *hoc tit.*
(3) L. 22, Dig. *hoc tit.* L. 16, § 2, Dig. *quod vi aut clam.*

que ce dommage constitue la lésion d'un droit. Or la dénonciation est une prohibition qui n'émane que de la personne intéressée, et elle est légale et obligatoire, alors même que le nouvel œuvre est construit à bon droit, *sive jure sive injuria opus fieret.* D'où lui vient donc cette puissance exorbitante du droit commun? Nous en trouvons l'explication dans sa connexion avec une instance ultérieure sur le fond du droit, c'est-à-dire sur la question même, si l'ouvrage a été fait *jure* ou *injuriâ;* il est donc essentiel de connaître de quelle manière la dénonciation se lie à cette instance au fond, et c'est ici le lieu de nous en occuper, puisque la décision sur le fond du droit est le moyen le plus conforme au cours naturel de la justice, de faire cesser l'empêchement produit par la dénonciation.

La dénonciation est le prélude de l'instance au fond : elle a pour effet de maintenir le *statu quo*, jusqu'à l'issue de cette instance, et ce qui justifie pleinement cette efficacité provisoire, c'est que le dénonçant s'engage implicitement et de plein droit, à poursuivre l'instance au fond en qualité de demandeur, et à laisser à son adversaire la position favorable de défendeur. La dénonciation ne lui sert ainsi qu'à prévenir le dommage qu'il éprouverait par la continuation des travaux, pendant qu'il serait occupé à faire connaître en justice son droit de les empêcher : et rien n'est plus équitable que de lui accorder cet avantage, afin qu'il ne soit point victime des retards qu'entraînera nécessairement l'instruction du fond. L'obligation du dénonçant de poursuivre l'instance au fond, et l'abandon qu'il fait du rôle de defendeur à l'auteur des travaux, sont exprimés par la maxime : *nunciando possessorem facimus adversarium.*

Cette maxime, trop souvent méconnue, est la clef de toute la théorie de la dénonciation de nouvel œuvre; elle nous dévoile le caractère de cette institution, et la distingue de toutes les autres voies de droit, avec lesquelles on l'a successivement confondue.

De cette maxime il résulte qu'elle n'est autre chose qu'un moyen provisoire et préliminaire de protéger un droit prétendu, jusqu'au jugement par lequel on espère le faire consacrer.

Elle est, sinon l'introduction de l'instance au fond, du moins l'annonce de la volonté de l'introduire, et c'est comme telle que, semblable à une demande en justice, elle constitue celui à qui elle s'adresse dans le rôle de possesseur, c'est-à-dire de défendeur, ou si l'on veut possesseur du droit de construire qu'on lui conteste : mais en même temps qu'elle reconnaît cette possession, elle la paralyse de fait jusqu'à l'issue de l'instance.

Cela posé, il est facile de sentir qu'on ne pouvait laisser au dénonçant la faculté de retarder *ad libitum* l'instance au fond qu'il se charge d'introduire, et de prolonger par ses tergiversations un *statu quo* préjudiciable à l'auteur des travaux ; il fallait, lorsque le dénonçant tarderait d'introduire l'instance au fond, donner à son adversaire les moyens d'obtenir la mainlevée de la dénonciation sans être réduit à quitter le rôle de défendeur pour venir revendiquer un droit dont on l'a reconnu en possession.

Voici les différentes manières dont l'auteur du nouvel œuvre peut être dégagé de la dénonciation :

1° La prescription annale.

On peut conjecturer avec quelque apparence de certitude que, d'après l'ancien droit romain la dénonciation tombait de plein droit après le laps d'une année si, dans cet intervalle l'action au fond n'avait point été intentée, et que par conséquent, passé ce délai, le constructeur des travaux ne pouvait plus les reprendre, et le dénonçant ne pouvait plus obtenir l'interdit. C'est en effet le seul sens rationnel qu'on puisse donner à ces expressions par lesquelles Justinien rapporte une disposition de l'ancien droit :

Si quis denunciationem ad inhibendum opus miserit non posse eum post annum elapsum ex quo denunciatio missa est iterum ædificationem prohibere. Leg. unicâ Cod. *de op. nov. nunciat.*

Cette disposition ainsi entendue n'a rien que de très-équitable; mais Justinien paraît l'avoir mal comprise, et c'est par cette fausse intelligence qu'il a été conduit à la trouver injuste et à l'abroger. Elle est injuste, continue-t-il dans la même constitution, parce que, si la dénonciation a été faite à bon droit, elle doit tenir toujours, et si elle a été faite sans droit, elle ne doit point tenir pendant une année. Justinien oublie ici que la dénonciation n'est qu'une voie préparatoire du jugement au fond sur le droit d'empêcher les travaux; l'injustice qu'il reproche à l'ancien droit n'aurait existé que si le dénonçant avait pu se refuser pendant une année entière à discuter le fond et forcer son adversaire à l'inactivité pendant tout ce laps de temps ; il paraît que c'est en ce sens que Justinien a entendu l'ancien droit; mais rien dans les textes ne justifie une pareille opinion ; il est bien plus naturel de penser que l'ancien droit se contentait d'ôter à la dénonciation son efficacité lorsqu'elle n'était pas suivie dans l'année de l'introduction de l'instance au fond; mais qu'il ne lui donnait pas pour

effet de suspendre pendant l'année l'introduction de cette instance et en même temps la possibilité de continuer les travaux ; car nous allons voir d'autres moyens de lever la dénonciation qui pouvaient être employés avant l'expiration de l'année.

2° Une seconde manière de se dégager de la dénonciation est de donner caution de démolir si l'on succombe dans l'instance au fond (*satisdare*). Au moyen de cette caution, on peut continuer le nouvel œuvre et attendre ainsi que l'adversaire fasse juger le fond du droit (1). Celui qui a donné caution obtient même un interdit qui le protége contre tout empêchement ultérieurement apporté à la continuation de ses travaux (2).

3° Mais la prescription est trop lente, la satisdation trop onéreuse, et l'une et l'autre ne se présentent que comme des moyens subsidiaires; venons enfin au principal mode de mettre fin à la dénonciation avant le jugement définitif, au fond : c'est la mainlevée accordée par le préteur (*remissio*).

Les paroles dont se servait le préteur pour ordonner la mainlevée nous ont été conservées :

Quod jus sit illi prohibere ne se invito fiat, in eo nunciatio teneat: cæterum nunciationem missam facio. L. unicâ Dig. *de remissionibus*.

Dans cet ordre du magistrat il faut considérer la dernière disposition (*cæterum, etc.*), c'est-à-dire la mainlevée, comme la partie principale, et la première proposition *quod jus sit illi*, etc., comme n'étant autre chose qu'une exception réservée au dénonçant pour maintenir sa dénonciation; d'où il résulte que l'auteur des travaux obtient la rémission sans avoir aucune preuve à faire, et que seulement le dénonçant peut y parer en venant prouver qu'il a le droit d'empêcher les travaux. La *remissio* n'est ainsi qu'un moyen de forcer le dénonçant à rompre le silence et à faire valoir ses droits au fond sous peine d'être débouté de sa dénonciation.

Telle était sans doute la marche de la procédure sur la *remissio;* car autrement il serait impossible de la concilier avec le principe *nunciando possessorem facimus adversarium :* cette règle eût toujours été éludée si, pour obtenir la *remissio*, l'auteur des travaux eût dû prendre pour lui le rôle de demandeur et à sa charge la preuve à faire ; car le dénonçant n'eût point manqué d'attendre qu'il en vînt là, ayant en attendant ses droits sauvegardés par la suspension provisoire des travaux.

Et ce qui prouve encore que tel est le sens des dispositions sur la rémission, c'est la comparaison établie entre la rémission et la satisdation : la loi 5, § 17, *hoc tit.*, dit en parlant de la satisdation :

Habet autem hoc remedium utilitatem : nam remittit vexationem ad prætorem veniendi et desiderandi ut missa fieret nunciatio.

Or il tombe sous les sens que lorsqu'on use de la voie de la satisdation, on n'a nullement à prouver son droit de construire; et par conséquent si cette voie n'a sur celle de la rémission d'autre avantage que d'éviter la peine de venir demander au preteur la rémission, il faut nécessairement que la rémission ne soit pas plus soumise à l'obligation de faire cette preuve que ne l'est la satisdation. S'il eût existé une différence entre la satisdation et la rémission sur un point aussi important, les textes ne manqueraient pas de l'observer, et ces deux voies ne seraient point présentées comme étant également avantageuses.

Au résumé, il résulte de tout ce qui précède :

Que la dénonciation de nouvel œuvre n'est dans le droit romain autre chose qu'une opposition provisoire, laquelle doit être justifiée ultérieurement par le dénonçant dans une instance définitive sur le droit par lui prétendu d'empêcher les travaux ;

Qu'ainsi, loin d'être un moyen de se maintenir en possession, elle contient implicitement reconnaissance de la possession de l'adversaire auquel elle en attribue les avantages;

Que l'obstacle apporté par la dénonciation à la continuation des travaux finit naturellement par la décision au fond sur l'instance introduite, de plein gré par le dénonçant ou provoquée par l'auteur des travaux au moyen de la demande en *rémission,* et qu'il peut aussi être levé par la caution donnée de démolir, ou bien encore tomber de plein droit par la prescription annale.

C'est à cela que se borne la théorie de la dénonciation ; car, si nous allons au delà, nous entrerons dans la matière de l'instance au fond sur le droit d'empêcher les travaux; il peut cependant être utile d'examiner encore par quels motifs on peut en cette instance justifier la dénonciation et établir son droit d'empêcher les travaux.

Ulpien distingue trois causes de dénonciation :

(1) L. 21, § 1—4, Dig. *hoc tit.*

(2) L. 20, § 9, Dig. *hoc tit.*

Nunciatio fit aut juris nostri conservandi causâ aut damni depellendi, aut publici juris tuendi gratiâ. Leg. 1, § 16, Dig. hoc tit.

Le dernier membre de cette distinction se rapporte à la dénonciation faite dans l'intérêt de l'État, dans le cas où le nouvel œuvre porte atteinte à une chose publique; c'est là une espèce particulière de dénonciation dont nous n'avons pas rapporté les règles spéciales parce qu'elles ne peuvent être de nul secours pour éclaircir notre droit français qui n'admet aucune institution analogue à celle-là. Ulpien donne un peu plus bas (loi 3, § 4) la principale de ces règles, celle qui confère à tout citoyen le droit de faire cette dénonciation.

Le second membre de la distinction, *damni depellendi causâ*, se réfère à la dénonciation, qui est préparatoire non point comme d'ordinaire à une action en démolition, mais à une simple action *de damno infecto*, qui ne tend qu'à l'obtention d'une caution. Cette espèce de dénonciation est encore soumise à des règles spéciales; car, le dénonçant ne pouvant demander en définitive qu'une caution de réparer le dommage qui pourrait lui être causé dans la suite par le nouvel œuvre, sitôt que la caution est donnée, tout est nécessairement fini.

Il ne reste donc que la dénonciation faite *juris nostri conservandi causâ*, à laquelle toutes les règles ordinaires ci-dessus expliquées puissent être applicables; celle-là seule est une mesure provisoire suspendant les travaux jusqu'à l'issue d'une instance dans laquelle on en demandera la démolition.

Mais ces paroles *juris nostri conservandi causâ* n'indiquent que le but général de la dénonciation, et ne disent point quelles causes peuvent fonder en droit une dénonciation et la faire convertir sur l'instance au fond en une prohibition définitive du nouvel œuvre. Cet objet est expliqué dans le texte suivant, du même Ulpien, et qui fait suite à ceux déjà cités :

Et bellè S. Pedius definit triplicem esse causam operis novi nunciationis : aut naturalem aut publicam aut impositiliam. Naturalem, *cùm in nostras œdes quid immittitur aut œdificatur in nostro.* Publicam *causam quotiens leges aut senatusconsulta constitutionesque principum per operis novi nunciationem tuemur.* Impositiliam, *cùm quis, posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem œdibus suis imposuit, contra servitutem fecit.* L. 5, § 9, Dig. hoc tit.

Observons que la distinction tripartite de Sextus Pedius, ici adoptée par Ulpien ne peut se confondre avec celle déjà établie par le même Ulpien dans le texte précédemment cité; il est facile de voir que les trois membres de chacune ne peuvent cadrer ensemble. Il devient donc évident que la seconde n'est qu'une subdivision de la première et ne se rapporte qu'à la dénonciation ordinaire, à celle faite *juris nostri conservandi causâ*, les deux autres qui ne sont que des espèces particulières ayant été abandonnées bientôt par le jurisconsulte pour en venir à expliquer avec plus de développement les règles de l'espèce principale; car si l'on n'admettait point cette interprétation, on trouverait une contradiction frappante entre deux textes qui sont tous deux d'Ulpien et qui se font suite l'un à l'autre. Ulpien aurait établi successivement deux divisions inconciliables.

Cela posé, il est facile de comprendre notre texte :

La cause de la dénonciation est *naturalis* quand le nouvel œuvre porte une atteinte directe à la propriété du dénonçant : *publica* quand il porte atteinte à ses intérêts en violant une loi d'ordre public, c'est-à-dire une loi du voisinage, ou si l'on veut quand il porte atteinte à ce que nous appelons servitudes légales et naturelles : *impositilia* quand le nouvel œuvre porte atteinte à un droit de servitude conventionnelle.

Et en effet, ce n'est qu'en se fondant sur un droit de propriété, ou sur une servitude légale ou naturelle, ou sur un droit de servitude conventionnelle que l'on peut prétendre empêcher le nouvel œuvre.

§ II. *Des diverses voies de droit que l'on a confondues avec la dénonciation de nouvel œuvre.*

Maintenant que nous savons ce qu'est la dénonciation de nouvel œuvre, il est essentiel de la considérer dans ses différences avec certaines voies de droit qui compètent dans des cas semblables ou analogues, parce que la plupart des erreurs qui se sont répandues en cette doctrine partent d'une malheureuse confusion d'actions de nature différente.

On dit généralement que la dénonciation de nouvel œuvre est une action possessoire. Henrion de Pansey et Merlin (1) ont formulé cette opinion par un syllogisme en

(1) *Voy.* Compétence des juges de paix, chap. 38.— Répertoire, v° *Dénonciation de nouvel œuvre*, § 6.

toutes règles. La dénonciation de nouvel œuvre était un interdit : or les interdits n'étaient autre chose que les actions possessoires; donc la dénonciation de nouvel œuvre est une action possessoire.

Il faut soumettre à un examen approfondi chaque branche de ce raisonnement.

Et d'abord quel rapport existe-t-il en réalité entre les interdits romains et nos actions possessoires?

Observons avant tout que lorsqu'on compare les interdits à nos actions possessoires, il ne peut être question de tous les interdits en général, mais seulement de ceux qui ont pour objet de protéger la possession, c'est-à-dire des interdits *retinendæ vel recuperandæ possessionis*, ce qui est loin de comprendre tous les interdits; car cette dénomination d'interdit désigne une classe particulière d'actions qui n'est caractérisée que par une procédure spéciale et anomale, mais qui s'applique d'ailleurs à bien des matières d'ordres différents. Ce n'est point, en effet, par la nature du droit poursuivi, mais par la forme de la poursuite, que les interdits se distinguent des actions proprement dites; par la formule de l'action, le préteur nomme un juge qui doit faire droit aux demandes des parties; par l'interdit, il prononce lui-même un ordre : *veto*, *exhibeas*, *restituas*. Or, s'il est vrai que les matières possessoires s'instruisent toujours par la voie des interdits, il n'est pas moins incontestable que des matières bien différentes s'instruisent par la même voie. Ainsi, l'on ne peut confondre avec les actions possessoires les interdits sur des objets de droit public, ni aucun de ceux de la classe des exhibitoires, ni même ceux *adipiscendæ possessionis*, parce qu'ils tendent à obtenir une possession que l'on n'a jamais eue et qu'on ne peut donner le nom de possessoire qu'aux actions que l'on fonde sur une possession antérieure : c'est ainsi que l'on n'a jamais établi parmi nous le moindre rapport entre les actions possessoires et les envois en possession (1).

Nous n'avons donc à comparer nos actions possessoires qu'avec les interdits, *quibus de possessione discerptatur*, c'est-à-dire ceux *retinendæ vel recuperandæ possessionis*.

Il faut reconnaître d'abord qu'il existe entre ces deux voies de droit une ressemblance fondamentale. C'est que les interdits et nos actions possessoires se fondent également sur une possession antérieure, et que cette possession constitue la preuve à faire par le demandeur.

Mais s'il y a similitude dans la cause, il y a différence essentielle quant à l'efficacité.

Les interdits possessoires sont des actions personnelles *ex delicto ;* ils ne compètent que contre celui qui a porté atteinte à la possession et jamais contre le tiers détenteur de la chose dont on a perdu la possession ; ils n'ont point de suite sur la chose : *interdicta omnia*, *licet in rem videantur concepta*, *vi tamen ipsa personalia sunt*. L. 1, § 3, Dig. *de interdictis* (2).

En droit français, au contraire, les actions possessoires sont vraiment des actions réelles; elles se fondent sur la possession seule et non sur un délit, de telle sorte qu'il suffit d'avoir perdu la possession et d'être encore dans le délai légal d'une année, pour pouvoir intenter l'action possessoire contre tout détenteur, même contre un autre que le spoliateur.

Cette différence entre les actions que donnent le droit romain et le droit français pour protéger la possession, peut servir à indiquer que le droit romain ne considère la possession que comme un fait digne de la protection de la justice, tandis que le droit français pencherait à la ranger au nombre des droits réels; car c'est un caractère général des droits réels que de donner lieu à une action réelle, *actio in rem quâ intendimus rem nostram esse*.

Il est vrai que le droit romain admet une autre action qui est vraiment réelle et qui résulte de la possession seule; c'est l'action publicienne, qui, sous ce rapport, présente de l'analogie avec nos actions possessoires. Mais il est à remarquer que ce n'est que comme propriété présumée que la possession fonde l'action publicienne, tellement qu'elle ne compète point contre le propriétaire véritable (3) : tandis que nos actions possessoires n'ont pas besoin d'être justifiées par une présomption de propriété et compètent contre celui même qui se prétend propriétaire, sans qu'il soit admis à les repousser en excipant de son droit de propriété.

D'après cela, il est constant que les interdits du droit romain et nos actions possessoires sont de nature bien différente; il y a entre les uns et les autres la distance immense qui sépare l'action réelle de l'action personnelle.

Voyons maintenant à quel titre la dénon-

(1) *Vid.* Savigny, *das Recht des Besitzes*, § 34 et 35.

(2) *Vid.* Savigny, *loc. cit.* Pothier avait déjà vu cette vérité. Introd. générale aux Coutumes, § 118.

(3) L. 1. Dig., *De publicianâ in rem actione*.

ciation de nouvel œuvre a été classée parmi les interdits.

Il est inexact de dire que la dénonciation de nouvel œuvre est un interdit ; la dénonciation en elle-même, ainsi que nous l'avons montré, n'est qu'un acte d'opposition purement privé et extraordinaire. L'interdit vient ensuite à l'appui de cette opposition, lorsque, malgré elle, il a été passé outre à la construction du nouvel œuvre.

Mais cet interdit même peut-il être rangé dans la classe des interdits possessoires ?

Il est vrai qu'il sert à maintenir provisoirement l'état de choses existant lors de la dénonciation. Mais ce n'est point à dire pour cela qu'il donne à celui qui l'obtient la possession de cet état de choses.

Si la dénonciation et l'interdit qui la suit et la corrobore étaient un moyen de maintenir le *statu quo* indéfiniment, jusqu'à preuve contraire, et de forcer l'auteur des travaux qui voudrait les reprendre, à intenter une action pétitoire pour établir son droit de construire, alors on pourrait dire que la dénonciation serait une voie possessoire et que l'interdit qui suit serait un interdit possessoire. Mais, au contraire, la dénonciation impose au dénonçant l'obligation d'agir au pétitoire pour prouver son droit d'empêcher les travaux, *nuntiatione possessorem facimus adversarium*, et l'interdit obtenu le laisse encore dans la position de demandeur.

L'effet d'un interdit possessoire est tout opposé : celui qui l'obtient est reconnu légitime possesseur et attend paisiblement que son adversaire intente contre lui l'action pétitoire.

Ainsi la différence entre la dénonciation de nouvel œuvre et les interdits possessoires est profondément marquée ; les effets sont précisément inverses : tandis que les interdits possessoires ont pour but de s'assurer la possession et le rôle de défendeur dans l'instance au fond, la dénonciation emporte implicitement abandon de ces avantages à l'adversaire.

Or il résulte de cela même, que la dénonciation n'a rien absolument de possessoire, et ne présente aucune analogie avec nos actions possessoires, puisque, d'un côté, elle n'exige point de possession pour pouvoir être émise, et que, d'un autre, au lieu d'assurer la possession à celui qui l'emploie, elle en confère les avantages à son adversaire.

Les trois propositions du syllogisme de Merlin et Henrion de Pansey sont donc démontrées être également fausses.

Mais il est dans la législation romaine une institution qui se rapproche sous plusieurs points de vue importants de la dénonciation de nouvel œuvre, et qui, plus facilement que toute autre, peut être confondue avec elle : c'est l'interdit *quod vi aut clam*. Pour compléter la théorie de la dénonciation de nouvel œuvre, exposons succinctement la nature et les effets de cette voie de droit, celle de toutes qui lui ressemble le plus (1).

L'interdit *quod vi aut clam* est restitutoire ; par lui on obtient la démolition des travaux construits par violence ou clandestinement. (L. 1, § 1, Dig. *hoc tit.*)

On voit, par cela seul, qu'il présente une grande analogie, non point avec la dénonciation de nouvel œuvre, mais avec l'interdit qui suit la dénonciation. L'un et l'autre tendent, en effet, à la destruction d'ouvrages construits illicitement ; la différence est en ce que, dans l'un le caractère illicite de la construction de l'ouvrage réside en ce qu'elle a eu lieu malgré la dénonciation, tandis que dans l'autre il se trouve en ce qu'elle a eu lieu par violence ou clandestinement, *vi aut clam*.

Un ouvrage est élevé par violence toutes les fois qu'il est fait malgré une opposition de fait du voisin, qui croit pouvoir l'empêcher ; *vi factum videri Q. Mucius scripsit, si quis contra, quam prohiberetur, fecerit, et mihi videtur plena esse Q. Mucii definitio.* L. 1, § 5, hoc tit. Nulle forme spéciale n'est prescrite pour cette opposition ; le *jactus lapilli*, mentionné en quelques textes, n'était point une solennité nécessaire, mais un mode dont on se servait, à ce qu'il paraît, assez ordinairement, et que les jurisconsultes ne citent que pour établir qu'il est suffisant pour fonder la demande de l'interdit : *Prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu.* L. 20, § 1, hoc tit. — *Sed et si quis jactu vel minimi lapilli prohibitus facere, perseveravit facere, hunc quoque vi fecisse videri.* L. 1, § 6, hoc tit.

Remarquons que, la dénonciation de nouvel œuvre elle-même étant une prohibition, on peut considérer l'ouvrage construit malgré elle, comme fait par violence ; d'où il résulte qu'elle peut servir aussi à fonder la demande de l'interdit *quod vi*, et que cet interdit se trouve concourir ainsi avec l'interdit ordinaire de la dénonciation. (L. 7, § 2, *hoc tit.*)

La clandestinité, la seconde cause de cet

(1) *Voyez* dans le *Rheinisches Museum*, tom. IV, n° 1, la dissertation de M. G. Hasse sur l'int. *quod vi aut clam*, qui fait suite à celle sur la dénonciation de nouvel œuvre.

interdit, est le fait de celui qui cède ses constructions à un voisin, de la part duquel il a lieu de craindre une opposition. *Clam facere videri Cassius scribit eum qui celavit adversarium, neque ei denunciarit* (1) *si modo timuit ejus controversiam aut debuit timere.*

Tels sont les faits qui peuvent donner ouverture à l'interdit *quod vi aut clam;* du reste, cet interdit, de même que la dénonciation, n'est qu'une voie provisoire et laisse intacts les droits de chaque partie pour être poursuivis ultérieurement dans les formes ordinaires. Aussi le fait de la violence ou de la clandestinité est-il la seule condition de l'admissibilité de l'interdit, et il n'importe nullement que l'ouvrage ait été construit à tort ou à bon droit (L. 1, § 2, *hoc tit.*), comme également il n'importe que l'ouvrage ait été construit *in suo* ou *in alieno solo;* nous voyons des textes admettre l'interdit dans l'un et l'autre cas. (L. 15, princ. Dig., *hoc tit.*—L. 5, § 10, Dig. *de op. nov. nuntiat.*) Sous ces rapports, l'interdit *quod vi aut clam* se rapproche encore de la dénonciation de nouvel œuvre.

Mais nous allons voir en quoi il en diffère essentiellement.

Nous avons expliqué le caractère de la réalité de la dénonciation de nouvel œuvre; elle est faite dans l'intérêt d'un fonds; elle est faite *in rem* et donne lieu à l'interdit, même contre celui qui l'enfreindra sans la connaître. L'interdit *quod vi aut clam*, au contraire, est essentiellement personnel; car la violence et la clandestinité ne peuvent, de leur nature, être considérées que dans la personne qui agit violemment ou clandestinement et relativement à la personne de celui contre lequel est dirigée la violence, ou duquel on se cache pour élever les travaux. Aussi cet interdit est accordé non point seulement à celui qui représente un fonds lésé par l'ouvrage construit, mais à toute personne à qui l'ouvrage porte préjudice, pourvu que la violence ou la clandestinité se rencontrent à son égard (L. 11, § 14, Dig. *hoc tit.*); de sorte que la voie de l'interdit *quod vi aut clam* est ouverte à bien des personnes auxquelles la dénonciation de nouvel œuvre n'est point permise. Par la même raison, l'interdit *quod vi aut clam* n'est donné que contre celui qui est coupable de violence ou de clandestinité, de telle sorte qu'il ne peut y avoir ouverture à cet interdit que lorsque l'auteur des travaux a eu connaissance d'une opposition qu'il a dédaignée, ou bien a celé à dessein ses travaux, afin d'éviter une opposition prévue. Mais celui qui construit, ignorant une opposition précédemment éprouvée par son auteur, n'est point tenu de l'interdit. (L. 20, § 2, Dig. *hoc tit.*)

Sous ce dernier rapport, la dénonciation de nouvel œuvre est une voie plus avantageuse que l'interdit *quod vi aut clam*, puisque par elle on obtient le droit de faire détruire tout ce qui postérieurement est fait contre la dénonciation, par quelque personne que ce soit, sciemment ou par ignorance.

Mais une autre différence essentielle est à remarquer, sous le rapport de laquelle il peut être bien plus avantageux de se servir de l'interdit *quod vi aut clam* que de la dénonciation de nouvel œuvre.

L'interdit *quod vi aut clam* n'a point pour effet, comme la dénonciation, de conférer à celui contre lequel on l'intente, les avantages de la possession, et il n'impose point à celui qui en use, l'obligation de poursuivre, comme demandeur, l'instance sur le fond du droit.

Nous n'allons point cependant jusqu'à dire qu'à l'inverse de la dénonciation, il assure à celui qui l'obtient les avantages de la possession et le rôle de défendeur. Cet interdit, en effet, n'est point non plus une action possessoire, il n'a pour but que la répression de la violence ou de la clandestinité, et il ne touche point à la possession; et ce qui prouve parfaitement que cet interdit n'a rien de possessoire, c'est, d'un côté, qu'il n'est pas besoin d'avoir la possession pour l'obtenir, puisqu'on le donne à tous les intéressés et notamment à plusieurs qui ne possèdent point, et d'un autre côté, que nous voyons certains textes supposer possesseur, après l'interdit, celui qui l'a obtenu, et plusieurs autres supposer, au contraire, la possession comme compétente à celui-là même contre lequel l'interdit est dirigé. C'est ainsi que la loi 5, § 10, *de op. nov. nuntiat.*, dit bien qu'en se servant de cet interdit on évite l'inconvénient qu'a la dénonciation de conférer la possession à l'adversaire, mais ne dit point que par lui on obtienne la possession pour soi-même. Et en effet, la loi 2, § 4, Dig. *hoc tit.*, suppose bien que l'auteur des travaux peut, malgré l'interdit, conserver la possession, puisqu'elle lui donne la faculté d'arrêter l'interdit en donnant caution de se défendre en justice *si modo satis offerat et paratus sit se defendere quis agat:* ces expressions caractérisent le rôle de défendeur et indiquent que cette loi était faite pour des cas où l'auteur des travaux avait droit à ce rôle favorable, et

(1) *Denunciare* signifie ici déclarer au voisin son intention de construire.

pouvait, comme sur une dénonciation de nouvel œuvre, obtenir, au moyen d'une caution, la faculté de continuer les travaux.

On voit par là que l'interdit *quod vi aut clam* n'a rien de commun avec les actions possessoires et ne sert nullement à fixer les rôles des parties dans l'instance au fond qui doit suivre. S'il est intenté par le possesseur, il ne l'oblige point à devenir demandeur au fond, et s'il l'est par celui qui ne possède point, il peut être obtenu sans lui donner les avantages de la possession, et il devait en être ainsi; car, d'un côté, on ne trouve point, dans l'interdit *quod vi aut clam*, ce caractère d'opposition provisoire qui, en se rencontrant dans la dénonciation, exige qu'on intente une action pour justifier après coup l'empêchement apporté à la construction des travaux; il ne s'agit point de maintenir le *statu quo* pendant un certain temps, mais de réprimer la violence qui a repoussé une opposition ou la ruse qui l'a évitée, et pour obtenir ce résultat, nulle raison n'exige qu'on soit obligé de faire abandon de la possession dans le cas où l'on en jouit; et, d'un autre côté, il serait inconcevable qu'on gagnât la possession du droit d'empêcher à toujours un ouvrage, par cela seul que cet ouvrage aurait été d'abord construit par violence ou clandestinement par l'adversaire.

De ce que la dénonciation préjuge la question de possession contre le dénonçant, tandis que l'interdit *quod vi aut clam* la laisse intacte, il s'ensuit que l'on a plus d'avantage à se servir de l'interdit *quod vi aut clam*, dans le cas où l'on est possesseur, car ainsi l'on peut conserver sa possession; tandis que cet avantage n'existe plus dans le cas où l'on n'est point possesseur, parce qu'alors il est impossible, quelque voie qu'on prenne, d'obtenir la possession que l'on n'a pas; tout au contraire, la dénonciation de nouvel œuvre est en ce cas préférable à l'interdit *quod vi aut clam*, parce qu'elle conserve sur lui l'avantage de son caractère de réalité.

Pour savoir si, dans un cas donné, il est plus avantageux d'émettre une dénonciation de nouvel œuvre ou d'opposer seulement une résistance de fait (*jactus lapilli*) qui donne à la construction le caractère de violence et prépare ainsi les voies pour l'obtention de l'interdit *quod vi aut clam*, il faut donc savoir si l'on est ou non en possession.

Or cette possession est assez facile à discerner. On est possesseur, *en général*, du droit d'empêcher les travaux quand ils sont construits par un voisin sur le fonds que l'on possède, et, à l'inverse, l'auteur des travaux est, *en général*, possesseur du droit de construire, quand il construit chez lui. Car c'est une règle générale que chacun peut faire chez soi ce qui lui plaît, et que nul ne peut empêcher autrui de construire chez lui; les dérogations à cette règle sont des droits spéciaux dont la preuve incombe à celui qui les prétend. Cependant nous avons dit *en général*, parce qu'il peut se faire que l'auteur des travaux soit possesseur d'une servitude qui lui donne le droit d'édifier chez son voisin, et qu'à l'inverse il peut se faire que l'ouvrage, quoique construit sur le fonds de celui qui l'élève, porte atteinte à la possession qu'aurait l'adversaire d'une servitude sur le fonds.

De ce qui précède, nous déduisons l'interprétation d'un texte qui a offert de grandes difficultés :

Meminisse autem oportebit quotiens quis in nostro ædificare, vel in nostro immittere vel projicere vult, melius esse eum per prætorem vel per manum (id est lapilli ictum) prohibere quàm operis novi nuntiatione : cæterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus cui nuntiaverimus. Aut (at?) si in suo quid faciat quod nobis noceat, tum operis novi nuntiatio erit necessaria. Et si fortè in nostro aliquid facere quis perseverat, æquissimum erit interdicto quod vi aut clam *aut* uti possidetis *uti.*

Le jurisconsulte donne le conseil de se servir, lorsque l'ouvrage est fait par un voisin sur notre fonds, de deux voies de droit, qu'il désigne par les mots *per prætorem* et *per manum* (*id est lapilli ictum.*) La dernière n'est autre que l'interdit *quod vi aut clam*; la première est l'interdit possessoire : nous sommes induits à le penser ainsi, parce que les mêmes expressions *per prætorem* servent évidemment, dans d'autres lois (1), à désigner l'interdit possessoire, et que d'ailleurs elles conviennent parfaitement pour désigner une voie de droit où tout réside dans la décision du préteur sans qu'il y ait eu préalablement aucune opposition ni sommation privée, comme dans l'interdit *quod vi aut clam* et dans la dénonciation de nouvel œuvre, et où le préteur prononce sans renvoyer les parties à un juge. Enfin la dernière phrase de notre texte favorise aussi cette interprétation. Car elle ne peut être qu'une répétition en termes différents de celle qui précède, et l'on y voit les mots *interdicto quod vi aut clam* correspondre à *per manum*, et l'expression *uti possidetis* correspondre à *per prætorem*.

(1) L. 5, § 2. Dig. *De operis nov. nuntiat.*

Le motif de cette première proposition de notre texte est facile à saisir : l'ouvrage étant supposé fait dans le fonds de celui qui s'y oppose, il vaut mieux prendre une voie qui laisse intacte la question de possession (l'interdit *quod vi aut clam*), ou une voie par laquelle on revendique la possession (*uti possidetis*), que la voie de la dénonciation de nouvel œuvre par laquelle on fait son adversaire possesseur.

Le jurisconsulte poursuit : si l'ouvrage est fait sur le fonds du construisant, il faut se servir de la dénonciation. C'est qu'alors l'interdit possessoire ne serait point admissible, parce qu'on n'a point la possession, et l'interdit *quod vi aut clam*, qui pourrait l'être, ne devant point ôter à l'adversaire sa possession et n'ayant point d'ailleurs les effets importants que donne à la dénonciation son caractère de réalité, serait moins avantageux que la dénonciation de nouvel œuvre.

§ III.

Le droit romain présentait ainsi un système savant et vaste d'actions destinées à la défense provisoire de la propriété : c'est que chez ce peuple agriculteur et sans commerce, la propriété foncière était de la plus haute importance, et

Le démon vigilant de la propriété.

qui animait chaque citoyen, inspirait aussi les lois et la jurisprudence. Ainsi naquirent ces nombreuses actions préparatoires ou provisoires, toutes conçues dans un but uniforme, mais inventées pour des cas divers, et soumises à des conditions différentes d'admissibilité, quoique pouvant se rencontrer quelquefois, et concourir en certaines hypothèses. A cette famille importante d'actions appartiennent les interdits possessoires, l'interdit *quod vi aut clam*, la dénonciation de nouvel œuvre, l'action *de damno infecto*, etc.

Il ne faut pas s'étonner que la confusion se soit introduite de bonne heure dans une doctrine aussi compliquée; elle n'était point de nature à être transplantée hors de la Rome antique, dont les mœurs et les institutions judiciaires lui avaient donné naissance.

Dans notre ancienne jurisprudence elle s'est trouvée en collision avec un système d'actions possessoires, dont l'origine était germanique et dont les bases étaient toutes différentes; et cependant, comme il fallait, à nos aïeux, profiter de la science romaine, sans renier leurs institutions barbares, on proclama l'identité des interdits et des actions possessoires. En signalant cette erreur capitale, qui s'est perpétuée d'école en école, et que l'on rencontre encore dans les livres d'auteurs contemporains, d'ailleurs justement estimés, nous avons indiqué quelles sont les différences fondamentales des interdits et des actions possessoires. Actuellement nous avons à nous occuper des transformations que subit la dénonciation de nouvel œuvre, pour arriver, chez nous, à être considérée comme une action possessoire.

Remontons à la Glose, et énumérons les principales erreurs qu'elle contient sur notre matière.

Les glossateurs établirent toute leur doctrine sur une distinction de trois espèces de dénonciation de nouvel œuvre : l'une, qui se faisait *verbis*, par simple opposition verbale et privée; la seconde, *lapilli ictu*, par une certaine formalité solennelle, qui consistait dans le jet d'une pierre ou dans l'acte d'arracher une pierre de l'édifice qu'on voulait empêcher; la troisième, *per prætorem*, de l'autorité du prêteur et d'après sa permission.

Or c'était là une erreur grave et dont nous allons voir les conséquences. La loi 5, § 10, Dig. *de op. novi nunciat.*, en disant : *Melius esse eum* per prætorem *vel* per manum, *id est, lapilli ictum prohibere quam operis novi nunciatione*, indique clairement que les voies de droit désignées par les mots *per prætorem* et *per lapilli ictum*, diffèrent de la dénonciation de nouvel œuvre, et n'en sont point des espèces. Je crois avoir déjà démontré que cette loi, ainsi que plusieurs autres qui emploient les mêmes expressions, entend par le mot *per prætorem*, les interdits possessoires, et par *lapilli ictum*, l'interdit *quod vi aut clam*. Il n'y avait donc qu'une seule espèce de dénonciation de nouvel œuvre; elle se faisait toujours verbalement et n'avait pas besoin d'être autorisée : si quelquefois, comme nous l'avons vu, on demandait l'autorisation du préteur, cela ne changeait que peu de choses aux effets de la dénonciation, et n'en constituait point une espèce particulière aussi distincte de celle non autorisée que l'ont voulu les glossateurs.

Cette fausse intelligence du *lapilli ictus* et du *per prætorem*, conduisit naturellement à appliquer à ces deux nouveaux modes de dénonciation, enfantés par l'imagination des docteurs, des règles qui avaient été tracées pour l'interdit *quod vi aut clam* et pour les interdits possessoires, parce que l'on trouva des textes appliquant ces règles à des cas de prohibition *per prætorem* et *per lapilli ictum*; et par suite on dut dès lors restreindre

à la dénonciation verbale les règles fondamentales de la matière, et c'est notamment ce que l'on fit pour ce principe, le plus essentiel de tous : *nunciando possessorem facimus adversarium*.

Ainsi se trouva créée une institution qui n'avait jamais existé dans la jurisprudence romaine : une dénonciation de nouvel œuvre faite par permission du préteur et en son nom (1), ayant pour effet de conserver la possession au dénonçant, bien loin de la conférer à l'adversaire, et appartenant par là à la classe des actions possessoires.

Cela admis, il fut difficile de ne point considérer aussi la dénonciation verbale faite d'autorité privée comme étant également une voie possessoire, et on fut embarrassé de rendre compte du principe ci-dessus rapporté, d'expliquer pourquoi cette dénonciation conférait la possession à l'adversaire. La Glose en donna une raison pitoyable; sous le texte *nunciando possessorem facimus adversarium*, elle ajoute :

Et est verum si verbis facta fuit nunciatio : sed si per prætorem vel per jactum lapilli contrà erit, quia non facimus possessorem. Sed quare amitto cùm per verba nuncio? Respon. quia meticulosus videor et quasi sibi deserere; *secùs ubi audacior per jactum lapilli vel per prætorem* (2).

Une jurisprudence qui se piquait de quelque bon sens pratique, ne pouvait admettre un principe qu'elle ne trouvait plus fondé que sur une pareille argutie. Aussi voyons-nous Bouteiller intervertir la règle et établir même pour la dénonciation privée, que le dénonçant est *possessionnaire, qui est grande dignité, en procès,* et depuis le principe *munciando possessorem facimus adversarium* ne reparut plus dans la jurisprudence française.

Mais déjà ce principe, s'il n'avait point été complétement méconnu par la Glose, avait été du moins interprété par elle dans un sens qui ne lui laissait aucune efficacité. On voit en effet la Glose prendre cette possession que les textes confèrent au dénoncé pour la détention de l'ouvrage, pour la faculté de le continuer (3), tandis qu'elle signifiait uniquement le rôle favorable de défendeur dans l'instance au fond. Et comme en interprétant ainsi cette possession, la Glose concluait tout naturellement qu'elle n'était acquise au dénoncé qu'au moyen de la satisdation, et non de plein droit par le fait seul de la dénonciation, il devenait facile de ranger la dénonciation même verbale au nombre des voies possessoires, au moins en ce sens qu'elle assurait au dénonçant la possession du droit d'empêcher les travaux jusqu'à ce qu'on lui donnât caution.

C'est ainsi que l'institution romaine de la dénonciation de nouvel œuvre se trouva complétement dénaturée par les glossateurs : lorsque nos vieux praticiens voulurent l'emprunter au droit romain, ils la prirent telle que les glossateurs l'avaient faite.

Mais bientôt il fut généralement reconnu que la dénonciation faite de l'autorité de magistrat était la seule qui pût être reçue en France : Charondas l'atteste en ses notes sur Bouteiller (4).

Dès lors, en suivant les règles posées par les glossateurs pour la dénonciation *per prætorem*, il dut passer pour incontestable que la dénonciation de nouvel œuvre était une action possessoire. Mais en fit-on une action possessoire d'une espèce particulière, soumise à des règles et à des conditions toutes spéciales? C'est ce qui peut être sérieusement contesté.

Nos plus anciens auteurs posent en principe que la pratique française ne connaît que deux actions possessoires, la complainte en cas de saisine et nouvelleté, et la réintégrande : ils ne présentent point la dénonciation de nouvel œuvre comme formant une troisième espèce d'action possessoire.

C'est que dans leur esprit, la dénonciation était comprise dans la complainte; elle n'était qu'un sous-genre de l'action possessoire qu'ils appelaient complainte; et il est facile de concevoir qu'il dut en être ainsi, car la construction du nouvel œuvre était un fait constituant *nouvelleté, ce trouble à saisine,* qui donnait ouverture à la complainte. Aussi bien trouvons-nous dans nos vieux auteurs, dans Charondas (5) et dans Masuer notamment, les règles de la dénonciation de nouvel œuvre et celles de la complainte confondues comme ne formant qu'une seule et même doctrine.

Et de même dans nos auteurs provençaux, les mêmes actions se retrouvent encore confondues sous une seule et même dénomination, et sous des règles identiques, quoique la pratique provençale leur eût donné un nom différent de celui adopté par les prati-

(1) *Prætor assumit personam munciantis,* dit *la Glose* ad leg. 5, § 10, *hoc tit.*

(2) Glosse, ad L. 1, § 6, *hoc tit.*

(3) Glose, ad leg. 1, princ. Dig. *hoc tit.*

(4) Somme rurale, liv. II, tit. 32, annotation 1re.

(5) Pandectes françaises, liv. IV, ch. 26.

ciens du nord de la France. Bonnel, en son Recueil d'arrêts, sur la compétence des juges, (tit. V), traite de l'action possessoire, qu'au parlement de Provence, on appelait *statut de querelle*, et il enseigne, appuyé sur les décisions de cette cour souveraine, que le statut de querelle correspond exactement à la complainte, en cas de saisine et nouvelleté, et aussi à la dénonciation de nouvel œuvre et à l'interdit *quod vi aut clam;* il distingue ensuite le statut de querelle *au premier chef* qui tend à suspension, et le statut de querelle *au second chef* qui tend à démolition des travaux entrepris ou achevés.

On ne peut donc, dans notre ancienne jurisprudence, considérer la dénonciation de nouvel œuvre que comme une véritable complainte; et lorsqu'on la voit mise en parallèle avec la complainte, il faut entendre ce mot *complainte* en un sens plus restreint, et admettre qu'ici, comme en bien d'autres doctrines de droit, le même mot est employé en deux sens, d'abord pour désigner un genre, puis pour caractériser une espèce de ce genre.

Recherchons donc quelles différences étaient établies dans l'ancienne jurisprudence entre la dénonciation de nouvel œuvre et la complainte *sensu stricto*.

Les points par lesquels ces actions diffèrent ne sont nulle part présentés d'une manière précise et complète. Ce qu'on peut voir de plus certain et de plus uniforme dans les auteurs anciens, c'est que l'on se sert assez généralement de la dénomination de *dénonciation de nouvel œuvre*, ou même de *complainte en dénonciation de nouvel œuvre*, lorsque la nouvelleté consiste dans l'édification ou la démolition d'un ouvrage, dans ce que les Romains appelaient *opus solo conjunctum*, et que l'action possessoire dirigée contre tout trouble d'un autre genre, est toujours appelée *complainte*.

Or c'est là une différence absolument insignifiante, et si elle était la seule, elle ne servirait qu'à embrouiller la doctrine sans pouvoir conduire à aucun résultat pratique; qu'importera en effet que le trouble résulte d'un fait de tel genre ou de tel autre genre, si le moyen de répression est également efficace, soumis aux mêmes règles de droit et mené à fin par la même procédure? Ne nous arrêtons pas à cette distinction stérile; et pour comparer utilement la dénonciation de nouvel œuvre et la complainte, prenons pour exemple de complainte celle que les auteurs accordent dans des cas où la nouvelleté consiste précisément dans la construction d'un ouvrage.

D'après Bouteiller, Charondas, Papon, etc. (1), la dénonciation est admise tant que le nouvel œuvre n'est point achevé, et il y a lieu à complainte lorsqu'il est terminé.

A cette distinction se rattache celle-ci, que la dénonciation ne tend qu'à la suspension des travaux, tandis que la complainte tend à leur démolition.

Et encore cette autre, que la permission de continuer les travaux en donnant caution peut être accordée sur la dénonciation et ne peut l'être sur la complainte.

Tout cela est puisé dans le droit romain; et, en effet, dans le droit romain, lorsque la dénonciation n'était que le prélude d'une action pétitoire, tout cela était parfaitement raisonnable. Mais des distinctions de ce genre deviennent un non-sens sitôt que l'on veut faire de la dénonciation de nouvel œuvre une action possessoire.

Qu'importe, en effet, si l'ouvrage est un trouble à une possession, et si c'est par voie possessoire que je l'attaque, qu'il soit commencé seulement ou bien terminé? Dans l'un et l'autre cas, l'admission d'une action possessoire devrait également avoir pour résultat de faire cesser le trouble, et de le faire cesser complétement par la destruction de l'ouvrage. Quelle raison de n'accorder que la suspension du nouvel œuvre non achevé, lorsqu'en attendant qu'il fût terminé on pourrait en obtenir la démolition! Sitôt qu'on veut considérer la dénonciation de nouvel œuvre comme une action possessoire, il faudrait pour être conséquent lui attribuer pour effet de forcer la démolition des travaux et non point seulement leur suspension, et rejeter complétement la faculté de les continuer en donnant caution; car sans cela on a une action possessoire qui est impuissante à faire cesser le trouble apporté à la possession.

D'autres auteurs, Bouchel par exemple, en sa Bibliothèque du droit français, v° *Dénonciation du nouvel œuvre*, font consister la différence entre la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre, en ce que la complainte aurait lieu quand le nouvel œuvre est fait sur le fonds de celui qui se plaint, tandis que la dénonciation de nouvel œuvre s'intenterait contre celui qui fait un nouvel œuvre chez lui (2).

(1) Bouteiller, *Somme rurale*, liv. II, tit. 32; Charondas, *Pand. franc.*, liv., IV, ch. 26; Papon, liv. VIII, tit. 4, n°s 8 et 9.

(2) Cette doctrine a été reproduite par Henrion de Pansey, *Compét. des Juges de paix*, chap. 58, p. 545; et par M. Pardessus, *Traité des Servitudes*, p. 497.

Observons en passant que ceci s'écarte du droit romain ; car nous avons démontré que la dénonciation de nouvel œuvre y était usitée également contre les ouvrages construits dans le fonds du dénoncé et contre ceux construits sur celui du dénonçant.

Il faut reconnaître qu'à cette distinction, tracée par Bouchel, se rattachent bien plus naturellement les autres différences admises par la pratique française entre la complainte et la dénonciation. Ainsi, l'on conçoit aisément qu'il y a quelque raison d'accorder la destruction d'un ouvrage élevé sur le fonds possédé par le plaignant, et de n'accorder que la suspension de travaux que le dénoncé élève chez lui ; ainsi, il paraît encore assez juste d'accorder, à celui qui bâtit chez lui, la permission de lever l'opposition de son voisin en lui donnant caution.

Mais ne nous arrêtons pas à cette apparence superficielle d'équité, et voyons au fond ce que peut être cette dénonciation contre un nouvel œuvre construit par un voisin, sur son propre fonds.

Puisqu'on a fait de la dénonciation de nouvel œuvre une action possessoire, il faut nécessairement qu'elle se fonde sur une possession. Hors, où sera cette possession, lorsqu'on dénonce un nouvel œuvre construit sur un fonds que l'on ne possède pas ?

Si le nouvel œuvre porte atteinte à la possession que l'on aurait d'une servitude sur le fonds dans lequel il est construit, je conçois qu'une action possessoire soit admissible : il y a trouble à la possession de la servitude.

S'il porte atteinte à l'un de ces droits du voisinage que notre Code appelle servitudes naturelles et légales, je conçois encore qu'il y ait lieu à une action possessoire, parce qu'il y a trouble indirect à la possession du fonds, par le trouble apporté à l'exercice d'un droit qui est un accessoire attaché par la loi à ce fonds.

Mais ce que je ne conçois pas, c'est la différence qu'on veut établir entre l'action possessoire accordée dans ces deux cas, et celle qui est admise contre un ouvrage fait sur le fonds même possédé par le plaignant. Pourquoi, en effet, créer des règles spéciales pour le cas où un nouvel œuvre vient troubler la possession d'une servitude légale, naturelle ou conventionnelle, au lieu d'appliquer tout simplement celles qui régissent le cas de trouble direct à la possession du fonds ? Dans un cas comme dans l'autre, il y a trouble à possession, et par suite l'action possessoire devrait être une vraie complainte et tendre à la répression complète du trouble.

Et si l'on sort de l'hypothèse d'un trouble à une servitude, soit conventionnelle, soit naturelle ou légale, on ne pourra trouver une base raisonnable à une action possessoire contre un nouvel œuvre construit par un voisin, chez lui-même ; car on manquera de la cause première de toute action possessoire, c'est-à-dire d'une possession troublée. Où sera, en effet, le trouble à ma possession, si le nouvel œuvre dont je me plains n'est pas construit sur le fonds que je possède et ne porte atteinte à aucun des droits de ce fonds.

Les anciens auteurs, égarés sans doute par les textes du droit romain, qui n'exigeaient point de trouble à la possession pour admettre la dénonciation de nouvel œuvre, ne se sont point montrés aussi rigoureux sur ce point, qu'ils auraient dû l'être logiquement après avoir rangé la dénonciation au nombre des actions possessoires. Ils se contentent ordinairement, pour toute condition d'admissibilité de cette action possessoire, du préjudice causé par le nouvel œuvre au fonds que le dénonçant possède, préjudice qui peut très-souvent n'être nullement un trouble à la possession du dénonçant, et n'être, au contraire, qu'un légitime usage du droit de propriété du construisant. C'est ainsi que Bouteiller nous dit :

Dénonciation a lieu si tost que aucun faict ou faict faire nouvel œuvre au préjudice de aultre : celuy qui sent que c'est en son préjudice le peut défendre.

Cette doctrine est irrationnelle, en ce qu'elle admet une action possessoire sans exiger comme condition indispensable qu'il y ait en trouble à possession.

On a voulu, plus tard, la justifier en disant que le nouvel œuvre, sitôt qu'il cause un préjudice, constitue une atteinte à la possession où l'on est de ne souffrir aucun dommage de son voisin (1). On a ainsi érigé en possession l'état de choses auquel le nouvel œuvre innove.

Mais c'est là une pure fiction directement contraire aux principes élémentaires du droit de propriété et à la nature même de la possession. Car d'abord il est de règle générale que le droit de propriété comporte le pouvoir de faire chez soi tout ce que l'on veut, de changer comme l'on veut la forme de son fonds, tant qu'on n'en est pas empêché par une loi générale ou par une servitude particulière ; et cette faculté de construire chez soi ne s'arrête point devant le préjudice qui

(1) Merlin, *Répertoire*, v° *Dénonciation du nouvel œuvre*, n° 6.

peut en résulter pour un voisin. Dès lors comment admettre que tout voisin, sitôt qu'il craint un préjudice, puisse se dire en possession d'empêcher les innovations que son voisin fait chez lui ? et ensuite la nature même de la possession répugne, comme nous l'avons dit, à la doctrine de cette prétendue possession de *l'état des choses :* car la possession est une chose de fait, un fait positif, patent, durable et continu; or le droit d'empêcher qui ne se révèle par rien d'apparent, qui ne peut, de sa nature, s'exercer que passagèrement par un fait momentané d'opposition, est de sa nature insusceptible de possession. De ce que mon voisin n'a point encore bâti ni creusé chez lui, il ne peut s'ensuivre que je sois en possession de l'empêcher de bâtir ou de creuser. L'opinion qui admet une pareille possession est contraire à la nature des choses, comme l'enseigne M. de Savigny (1), parce qu'elle constitue chaque propriétaire en possession d'un nombre infini de servitudes sur chaque fonds voisin.

Ainsi donc, dans l'ancienne jurisprudence, la doctrine qui accordait la dénonciation de nouvel œuvre avec force d'action possessoire pour arrêter la construction qu'un voisin élevait chez lui, était loin d'être conforme aux saines notions du droit.

Cependant il ne paraît point, il faut en convenir, qu'elle ait conduit à de grandes injustices en pratique.

La possession accordée au dénonçant lui conférait deux avantages : la suspension provisoire des travaux, le rôle de défendeur qui lui était assuré dans l'instance au pétitoire.

Or le premier de ces avantages n'était point très-préjudiciable au dénoncé; car en donnant caution il obtenait la permission de continuer les travaux ; et quant au second, on peut dire qu'il était de peu d'importance, car la question de savoir à qui incombe l'*onus probandi* a toujours été de bien moindre considération dans la jurisprudence française qu'elle ne l'était en droit romain, nos juges étant habitués à chercher assez indistinctement dans les dires de l'une et de l'autre partie les éléments de solution des procès.

(*Revue de Législation.*)

XVII.

ÉTUDES SUR LES JURISCONSULTES ANCIENS ET MODERNES,

PAR M. HELLO, AVOCAT GÉNÉRAL A LA COUR DE CASSATION.

I. Portalis.

La biographie des grands jurisconsultes est une des formes de l'histoire du droit, et, tandis que d'habiles investigateurs suivent, à travers les vicissitudes législatives, cette abstraction puissante qui en est l'âme, de loin en loin nous nous mettons en contemplation devant les hommes dans lesquels elle s'est personnifiée. C'est une autre démonstration de la même vérité, et qui ne laisse pas l'esprit sans jouissance, lorsqu'elle lui découvre le rapport fidèle de l'objet qu'il étudie au travail caché qui précède. Ce n'est pas qu'il n'y ait à mes yeux une sorte de travestissement à faire d'un grand homme le représentant fatal d'une idée ; tout ce qui ressemble à la nécessité m'est antipathique dans le bien comme dans le mal, et je rejette une doctrine qui m'ôte la foi dans le génie. Mais il ne me répugne pas de croire que la sphère dans laquelle se meut la liberté humaine suit un orbe décrit par la Providence, et que le privilége des hautes intelli-

(1) Das Recht des Besitzes, p. 351.

gences est de discerner et de saisir la pensée dont le temps est venu. Nos précédentes études ont été prises dans les époques intermédiaires de notre histoire, époques fécondes, mais non décisives, où le génie encore informe de la patrie essayait tout et ne fondait rien. Car dans nos plus superbes monuments du XIXe siècle, il n'y a réellement de nouveau que le bonheur de les avoir achevés, et, chose étrange, mais juste en législation, leur perfection même est de n'avoir été construits qu'avec des ruines. Ces ruines, nous les avons suivies à la trace. On dit que la route de Suez à la Mecque est indiquée aux caravanes par les ossements blanchis des chameaux que les chacals et les hyènes ont enlevés à leurs prédécesseurs; comme à elles, les vestiges de ceux à qui il n'a point été donné de faire le pèlerinage, nous ont servi de guides, et aujourd'hui nous nous plaçons au terme du voyage, à la naissance du XIXe siècle. France de nos jours, France de notre jeunesse, c'est toi que nous allons saluer dans ta grandeur!

Oui, la formation successive de l'unité nationale est la grande loi de notre histoire, et l'inépuisable explication de ses phénomènes. On peut faire sur l'influence de certains hommes, sur les effets de certaines causes des conjectures ingénieusement vraisemblables; mais la cause vraie, la cause première, celle au moins qui tient de près à Dieu, c'est la merveille de cette France qui, douée de la faculté d'assimilation, comme un être doué lui-même de vie et de volonté, attire à elle tout ce qui constitue l'existence, s'organise dans le chaos avec suite et lenteur, s'en dégage spontanément et à propos, et trouve dans le désordre où elle est née les éléments de la force, de la grandeur et de la beauté. C'est à cette cause que la méditation ramène quiconque ne se complaît pas dans l'hypothèse; c'est à chacun de ses développements graduels, c'est aux proportions constamment gardées dans son action qu'il faut rapporter ce qui nous frappe dans l'état des personnes, dans les accessions du territoire et surtout dans la formation du droit français; du droit, dernier symbole de l'unité sociale, et qui a eu dans le Code civil sa manifestation la plus évidente.

Il est des hommes que les affaires rendent passionnés et inflexibles, et qui n'apprennent d'elles qu'à ne jamais pardonner; il en est d'autres qu'elles conduisent par l'impartialité à la bienveillance; âmes tendres et élevées qui, dans un temps de factions et de systèmes, ne s'allient à aucun d'eux, et restent désintéressées pour ne pas perdre le droit d'être leurs juges. Est-ce un accident heureux des grandes époques que nous avons parcourues, si nous y avons toujours reconnu leur empreinte? Est-ce plutôt un dessein de la Providence d'y susciter constamment l'une d'elles? On serait tenté de le croire, et qu'en effet c'est de leur philosophie que l'humanité a besoin, quand on retrouve un génie de cette famille, Portalis, donnant son esprit aux deux actes, qui, dans le commencement de ce siècle, ont le plus influé sur notre état social, le concordat et le Code civil. Car c'est de ce point de vue qu'il faut envisager sa vie entière. Celle des hommes vulgaires est une succession d'accidents sans liaison; ils flottent au gré des circonstances, abordant où la vague les pousse. Celle des hommes supérieurs est une; ce qu'ils achèvent à la fin de leur carrière, ils le commencent dès les premiers pas, et, dans leur inviolable fidélité à leur vocation, leur jeunesse tend par instinct au but, que l'âge mûr met plus tard à découvert. Aussi leur vie, dont aucun jour n'est perdu, se divise-t-elle en deux parties; la première est le noviciat de la seconde. Souvent l'initiation est longue, et l'œuvre est courte; mais quand l'œuvre donne la gloire, l'initiation peut-elle trop coûter? Heureux celui qui arrive bien préparé à la crise de son existence, et se trouve égal à sa destinée! Celle de Portalis, qui embrasse soixante et un ans, a eu la sienne dans l'espace de cinq, de 1802 à 1807. Mais avant de juger le résultat, apprenons comment on s'y prépare.

Portalis est né en 1746, au milieu du XVIIIe siècle. Sa famille appartenait à la classe intermédiaire, centre presque unique de cette activité intellectuelle et morale, qui est le principe légitime de notre révolution. Ses études furent brillantes; on remarqua chez lui, dès son enfance, ce mélange de raison et de sensibilité qui détermina plus tard le caractère de son élocution et de son style. Il s'y joignait une indépendance qui refusa de subir l'ascendant de la philosophie alors régnante. Un esprit de cette trempe avait naturellement sa place marquée au barreau; petit-fils d'un médecin, il fut avocat en 1765, à dix-neuf ans. Le barreau se trouvait alors sur la limite indécise des deux régimes; la loi ancienne s'effaçait; la loi nouvelle n'était pas encore écrite, et l'esprit humain, par un mouvement naturel, remontait à celle qui ne l'a jamais été, qui n'a pas eu besoin de l'être. C'est une bonne fortune pour l'éloquence de saisir une vérité au moment où elle passe de la controverse philosophique à la certitude légale; en se fixant dans un texte, elle lui échappe; aussi les plaidoyers qui nous sont restés de cette époque de transition, et qui, à la différence de nos improvisations rapides, affectent la forme plus durable du mémoire,

parce qu'ils reçoivent toujours le dépôt d'un principe, sont-ils d'ardentes protestations pour le droit naturel contre les préjugés et les abus. La lutte de Dupaty et de Séguier n'était autre que celle de deux principes ennemis.

Portalis militait devant le parlement d'Aix. L'essor de son esprit vers les idées générales, stimulé par les besoins du siècle, fut d'abord contrarié par ses confrères et même par la magistrature. L'un d'eux tenta de le détourner des sources où puisait Cicéron, en lui offrant pour appât l'activité du praticien. Mais Portalis, qui se sentait capable de tout concilier, sans dédaigner la pratique, entreprit de l'élever jusqu'à la philosophie, et le ton de sa première plaidoirie, dont l'autorité de sa personne n'appuyait pas encore la nouveauté, déplut au parlement. Le compliment d'usage que la cour adressait aux debutants, lui fut refusé. Le jeune avocat, consolé par sa conscience, eut le courage et le succès d'un réformateur.

Les manuscrits qu'il a laissés de cette période de sa vie ont été reliés en 80 volumes in-folio, et à côté de ce monument de travail et de dévouement à ses clients et à la science, sa famille en conserve un autre de simplicité et de modestie : c'est une sentence arbitrale rendue par lui et son confrère Pascal ; ces deux jurisconsultes, alors dans toute leur célébrité, reçurent pour honoraires une somme de 15 livres, dont chacun donna quittance en ces termes : *habui sept livres* 10 *sous*. On se rappelle que Charles Dumoulin, consulté par un ecclésiastique sur une des plus grandes difficultés des matières bénéficiales, répondit par un miracle de travail, d'érudition et de logique, pour lequel il accepta, en remerciant son client, un écu de trois livres. La gloire s'est depuis chargée des honoraires de l'un et de l'autre. Telles étaient, il y a encore cinquante ans, les mœurs du barreau français.

L'intérêt de notre étude est ici de chercher la correspondance des travaux du jurisconsulte à ceux du législateur, et de voir poindre ceux-ci dans les premiers.

L'auteur futur du concordat s'essaya dans un petit ouvrage *sur la distinction des deux puissances*. Il ne toucha pas impunément à l'orageuse distinction du spirituel et du temporel. Il en sortit contre lui une tempête qui le réduisit à sa propre apologie.

Une question presque indigène à nos provinces méridionales, dont la population était mélangée de réformés et de catholiques, la validité du mariage des protestants, exerçait autrefois les plus hautes intelligences, celle de Catelan à Toulouse, de Servan à Grenoble, de Target à Paris. Portalis avait été un des premiers à lui payer son tribut. Son mémoire est de 1770. Il y rattache le mariage au droit naturel, et prouve que, pour l'interdire aux protestants, ce n'est pas assez de leur ôter la liberté de conscience, ni même l'état civil ; si ce n'est pas le citoyen, mais l'homme qui le contracte, la conséquence de ce principe serait peut-être pour nous que la mort civile ne devrait pas pouvoir le dissoudre. Voltaire, de qui relevaient toutes les nouveautés importantes, reçut l'hommage et presque la dédicace de celle-ci, et apposa ses éloges sur la marge du manuscrit, comme le timbre de sa juridiction philosophique. Quelques années plus tard, le Mémoire de Target dans l'affaire *Dangluré*, chef-d'œuvre qui précéda l'Édit de 1787, inspiré par Malesherbes à Louis XVI, s'enrichit surtout d'emprunts faits à celui de Portalis. On aime à suivre cette filiation de la pensée qui devient loi.

Le mariage a été si longtemps mal compris que, même en 1787, on admettait encore l'impuissance parmi les causes de son annulation ; Lamoignon n'avait aboli que le congrès, et le droit canon, seule lumière qui éclairât pendant l'éclipse du droit romain, fut complice de cette dépravation de la doctrine. Deux ans avant 89, Portalis eut occasion d'écrire sur cette matière un Mémoire, où la chasteté des mots et l'esprit des périphrases luttent contre l'impudicité du fond, et qu'il faut relire pour y retrouver les principes de l'appel comme d'abus tels qu'ils ont passé dans le concordat. On ne se fait pas à l'idée que cette dissertation sur une loi barbare et le discours sur le titre du mariage, appartiennent aux deux extrémités de la même vie. On a besoin de se répéter que la révolution a jeté l'intervalle de plusieurs siècles dans les existences contemporaines.

Portalis dévia momentanément de sa route. Élu assesseur d'Aix, l'administration de la Provence le disputa quelque temps au barreau. La confiance publique devrait bien, quand elle se communique à ceux qui l'ont méritée, les honorer pour eux-mêmes, sans les distraire de leur tâche. Après une infidélité de trois ans, il revint au barreau ; sa vocation reprit son empire, et une procédure criminelle, dans laquelle était compromis un jeune chevalier de Malte revendiqué par son ordre, obligea Portalis à examiner les prétentions de cet ordre célèbre à la souveraineté. Il faut croire que cet examen était une hardiesse, puisque le publiciste qui se l'était permis eut besoin de toutes ses ressources pour conjurer l'orage qu'il lui attira.

De toutes les causes célèbres qui vinrent chercher la réputation de Portalis, la plus éclatante, parce qu'elle tenait plus à l'histoire

qu'à la science, fut le procès en séparation du comte et de la comtesse de Mirabeau. La rencontre de Mirabeau et de Portalis ne mettait pas seulement en présence deux intérêts de plaideurs, mais deux puissances, auxquelles la révolution française allait donner une fonction différente : l'homme politique et l'homme social, l'éloquence qui renverse et l'éloquence qui édifie, la liberté légale chez le plébéien et la fougue démocratique chez le patricien; l'un fait pour la première moitié de la réforme, l'autre pour la seconde. Ni Portalis n'eût abattu l'ancien régime, ni Mirabeau n'eût fait le Code civil. Mais comme la mission de l'un était plus urgente et son utilité plus immédiate que celle de l'autre, puisqu'il faut déblayer le sol avant d'y construire, l'homme politique s'ouvrit le premier un passage, et l'homme social, se rangeant devant lui, réserva pour d'autres temps son instinct réparateur. En attendant, ces deux personnages, destinés à des emplois divers dans la même œuvre, n'eurent à se témoigner qu'une antipathie réciproque. Portalis, qui assistait à la naissance du génie oratoire de nos troubles, le contemplait s'essayant dans les désordres de la vie privée. Il plaida pour la femme contre le mari.

On a fait de son habileté dans cette conjoncture un éloge qu'il repousserait comme une calomnie. On a publié que, pour suppléer aux griefs spontanés qui lui manquaient, il avait adroitement, sous les yeux mêmes des juges, poussé son irascible adversaire à des emportements coupables. Il faudrait flétrir dans un avocat ce stratagème d'agent provocateur, qui crée le mal où son intérêt est de le trouver. Non, Portalis n'a point eu la déloyale pensée de faire une piqûre au taureau qu'il avait à combattre, pour lui imputer à crime les mugissements de sa douleur. L'audience était solennelle; un archiduc et une archiduchesse d'Autriche y assistaient; les plaidoieries avaient eu leur cours sans incident remarquable; c'était le tour de l'avocat général, Mirabeau, se levant une dernière fois pour répondre d'avance à des conclusions dont il avait acheté la communication d'un secrétaire infidèle, se donna, par la divulgation d'une correspondance, des torts que la cour jugea impardonnables. La séparation fut prononcée.

Ce furent à peu près les derniers travaux de l'avocat. 89 approchait; la vie publique allait dévorer la vie privée. Dans le drame prêt à s'ouvrir, nul ne devait se soustraire à la nécessité d'un rôle, agent ou patient, et la neutralité politique devenait impossible. A l'occasion des états de Provence, avant-coureurs des états généraux, Mirabeau avait publié un écrit dans l'intérêt populaire qui allait prédominer, et, lorsque bientôt après on s'occupa de députer aux états généraux eux-mêmes, il fut question dans le conseil municipal d'Aix de remercier ce nouvel auxiliaire, transfuge du camp opposé. L'ambition la plus altière est humble dans ses débuts ; Mirabeau sollicita Portalis; il lui envoya un messager chargé de deux demandes; l'une avait pour objet d'appuyer la proposition de remerciments, l'autre de le recommander aux électeurs. Portalis distingua; il ne sentit aucune répugnance à remercier l'auteur d'un écrit dont il approuvait les principes, mais il en éprouvait à recommander un candidat qui n'avait pas son estime ; sa réponse fut conséquente à cette distinction, que Mirabeau accepta sans doute, puisqu'il renvoya le messager déclarer qu'il renonçait à la recommandation, pour s'en tenir aux remerciments. La recommandation n'eut pas lieu; les remerciments furent votés, et l'adroit Mirabeau obtint pour son livre ce qu'on refusait à sa personne. La différence morale était immense, le résultat politique fut le même; sa fortune commença sous la protection d'un adversaire.

Pour le biographe, dont le héros n'a été choisi au premier rang ni des athlètes, ni des victimes, cette période de notre révolution est ingrate; interruption violente de toutes les destinées individuelles, sans repos pour les contemporains, sans aliments pour la science, agitée et stérile, elle ne nous offre, dans son aridité brûlante, que la monotonie de ses persécutions et le lieu commun d'un enseignement devenu vulgaire. Portalis n'était point l'homme de la lutte; la modération, au sein du vertige universel, devient odieuse à ceux pour qui elle est un reproche, et, par une injustice réelle, s'attire tous les périls de la passion; sa vie devint errante; après avoir sauvé la tête de deux dragons du régiment du roi que demandait au parlement une multitude furieuse, il se réfugia de la ville à la campagne, s'y livra à la recherche de quelques vérités politiques, et supprima presque aussitôt la dangereuse confidence qu'il en avait faite au papier. La campagne cessant d'être un abri, et l'émigration blessant à la fois son cœur et ses principes, son unique soin fut de chercher en France un asyle où le sol ne tremblât point; il se rendit à Lyon avec sa famille; mais son frère était impliqué dans la conspiration royaliste du camp de Jalès; c'était plus qu'il n'en fallait pour être suspect, et la cité proscrite, car les villes se proscrivaient comme les individus, rejetait de son sein ceux qui n'y étaient pas nés. Il courut à Villefranche; il y fut arrêté, détenu

pendant la terreur et élargi après le 9 thermidor. Il eut pour libérateurs le canoniste Durand de Maillane et le conventionnel Le Gendre. La constitution de l'an III vint luire enfin sur ce chaos; ce n'était pas encore le bien-être, c'était cependant la vie, et la représentation nationale restitua un organe à la conscience publique. Portalis, qui était venu se perdre dans la solitude de la capitale, plus sûre que celle des champs, y fut trahi par sa superiorité dans une assemblée primaire; les électeurs le portèrent au corps législatif; il s'assit au conseil des anciens, et sa destinée interrompue reprit son cours.

L'avantage de cette période sur celle dont on sortait n'était pas tant de décerner à la vérité son triomphe, que de lui rendre la parole; et, comme elle ne se fait jamais entendre vainement, l'avantage était réel. Portalis trouva au conseil des anciens Dupont de Nemours, Barbé-Marbois, Tronçon du Coudray, et surtout Tronchet et Malleville, avec qui il devait contracter d'autres liens; voix généreuses qui, pleines de foi dans les victoires de l'avenir, se vouaient aux nobles défaites du droit naturel devant la fausse justice des partis. Ce que l'on retrouve invariablement dans ses tentatives les plus malheureuses, c'est un effort constant sur lui-même pour s'abstraire au milieu de son époque; comme s'il était des temps où la raison universelle ne parlât qu'à l'esprit capable de s'isoler.

Proposait-on l'établissement d'un ministre de la police générale? Il le combattait, quoique sans espoir. La vigilance en effet, ce besoin de l'ordre social, est une qualité du pouvoir plutôt qu'un pouvoir même; elle n'a pas de place distincte dans une division vraie de l'administration publique, et, quand on lui en fait une, elle asservit tout ce qu'elle surveille. S'agissait-il d'autoriser le Directoire à suspendre les droits que les citoyens tenaient de l'élection populaire? Il démontrait vainement que cette inconséquence était mortelle à la division des pouvoirs. Il ne fut pas plus heureux dans ses efforts pour tempérer les lois sur l'émigration. C'est sans doute un droit pour les enfants des hommes de choisir leur place sur cette terre qui leur a été donnée; c'est plus qu'un droit, c'est une nécessité de fuir la maison qui brûle; le toit qui s'écroule; mais si quelque jour la postérité peut de bonne grâce raisonner rigoureusement avec le malheur, elle jugera ce grand procès de la patrie et du citoyen; elle dira si l'émigration la plus légitime ou la plus nécessaire rompt tous les liens de la naissance, si l'on s'arme sans crime contre le gouvernement que l'on désapprouve, si l'on peut frapper la patrie pour la délivrer; elle décidera si la justice sociale va jusqu'à dédommager le pays par la confiscation, des maux qui lui sont faits par la guerre. Portalis, qui avait déjà sévèrement résolu la question contre lui-même, fut indulgent pour les autres.

Deux victoires lui étaient cependant réservées, l'une pour les prêtres réfractaires que menaçaient de nouvelles rigueurs, l'autre pour les émigrés naufragés à Calais.

On peut reconnaître des vices dans l'organisation actuelle de l'Église, on peut même atteindre une perfection théorique dans une constitution nouvelle, sans incriminer l'attachement du prêtre aux abus dont il s'est fait une loi. La conscience est inviolable jusque dans ses engagements les plus indirects; et l'on n'acquiert aucun droit sur elle, en lui prouvant qu'elle se trompe. Portalis fit un moment douter la loi humaine de sa compétence pour juger les scrupules des réfractaires; ce fut un des plus beaux triomphes de son éloquence, en même temps qu'une de ses préparations les plus directes au concordat.

Mais où il eut le bonheur de faire comprendre aux passions le langage le plus difficile pour elles, c'est à l'occasion du naufrage de quelques émigrés sur les côtes de la Manche. Jamais peut-être le conflit du droit naturel avec la politique n'avait été aussi vif. Même en décidant la question sociale contre l'émigration, n'y avait-il pas dans la manière de livrer le coupable à la justice une autre justice à consulter? L'esprit de parti dévore sa proie où il la trouve; il l'accepte de la tempête; il nie l'hospitalité du rivage. Mais l'inclémence des éléments est-elle donc un auxiliaire légitime de la justice? Quand c'est le malheur qui livre le crime, l'humanité n'a-t-elle pas un droit de préférence sur le pays? Grâces à Portalis, on refusa de mettre en accusation les débris d'un naufrage, et on les rendit à la tempête de qui on les tenait.

Cette opposition d'une philosophie active et militante le conduisirent jusqu'à l'an V, où la proscription l'attendait. Comment ses mérites eurent-ils cette récompense? En d'autres termes, quelle est la justice des coups d'État? Quelle est en particulier celle du 18 fructidor, le plus indéfinissable de tous, projectile lancé contre le royalisme, dont les éclats ont blessé la république, et qui, dans ces inconciliables caprices a confondu Carnot et Duverne de Presle? Pourquoi y a-t-il par intervalles, dans l'histoire, de ces moments terribles où le plus fort se soulage de toutes ses rancunes, où le débiteur inscrit son créancier sur la liste des triumvirs, où le Dante plonge ses ennemis dans son enfer? Portalis, condamné à la déportation, dut au dévouement de quelques amis, de M. Delessert et de madame de La

Borde, de se soustraire aux proscripteurs. Avec un passe-port du ministre de Danemarck, il passa la frontière; il vit à Bâle le père de madame de Staël, à Zurich Lavater; dans le Brisgaw, Delille et Mallet Dupan, et il reçut enfin pendant plus de deux ans, au château d'Emckendorff, chez le comte de Reventlau, une hospitalité dont sa famille conserve un souvenir pieux; là, pendant que ses compagnons d'infortune languissaient sur les marais brûlants de Sinnamary, les biens, que la puissance et la richesse recherchent sans les obtenir, venaient le visiter comme de simples consolations, l'amitié, les lettres, la philosophie. Dans les loisirs que lui faisaient ses persécuteurs, il trompait l'exil à la manière antique; bien mieux, il le fécondait. Il retournait par la méditation vers ce monde qui le repoussait, et, au tumulte lointain de la révolution, il jouissait de trouver ses causes morales dans l'exercice le plus chéri de son intelligence, il écrivit son livre *sur l'usage et l'abus de l'esprit philosophique*.

Au sortir des orgies dont les derniers disciples du XVIIIe siècle avaient souillé son déclin, une réaction s'était déclarée; chez une nation vive, qui cherche son équilibre en s'agitant, les réactions de l'esprit ressemblent trop souvent à celles de la politique. La France déchirée et sanglante demanda compte de ses douleurs à la philosophie, et crut reconnaître dans ses mains le poignard dont elle venait d'être frappée. Ce penchant de notre nature à rejeter sur les doctrines la responsabilité de nos malheurs, peut conduire à des injustices; mais il est en nous. La philosophie du XVIIIe siècle fut condamnée collectivement; on la personnifia, pour décharger sur elle toute la haine de la réaction, comme sur l'idole malfaisante à laquelle venaient d'être adressées les hécatombes de 93. La lutte fut vive, mais inégale; d'une part Cabanis, Volney, De Tracy, écrivains au langage précis, à la dialectique habile, déployaient le genre de courage nécessaire dans une retraite, et couvraient de leur bouclier le XVIIIe siècle expirant. De l'autre étaient le nombre des combattants et la ferveur du progrès: La Harpe, récemment converti à la cause qui prenait l'offensive, champion fougueux de son opinion nouvelle, sans indulgence pour celle qu'il avait quittée, s'en rachetait par l'amertume de son zèle, et, dans l'accomplissement passionné de sa pénitence, rencontra souvent l'éloquence de l'invective. Il réfuta des doctrines, plutôt qu'il ne proposa la sienne; c'est qu'en brûlant avec colère ce qu'il avait adoré, l'habile et judicieux critique n'avait pas assez de cette philosophie que cherchait l'instinct de son siècle, et n'en apercevait pas les éléments sous les coups mêmes qu'il portait. Avec des différences fondamentales dans le talent et dans la manière, *le Génie du Christianisme* fut évidemment un manifeste de la même cause. On s'est demandé si M. de Châteaubriand, en s'adressant à l'imagination plutôt qu'à l'esprit, a écouté d'autres conseils que ceux de sa muse. Un disciple de Port-Royal eût reproché peut-être au chrétien d'être plus occupé de fournir des sujets à l'artiste que des armes à la vérité, et de compromettre la sainteté du but par la mondanité des moyens. Mais cette coquetterie des choses sérieuses n'est-elle pas un trait de cette époque, et même un peu de la nôtre? M. de Châteaubriand, sans avancer la controverse, en a changé le ton; sans fournir de nouvelles armes contre le scepticisme, il lui a ôté une de celles qu'il tenait de Voltaire. A défaut de l'impression décisive qu'eût produite Pascal, c'était beaucoup alors d'apporter dans la discussion cette espèce de gravité qui accompagne toujours chez nous la parure du langage et la nouveauté hardie de ses formes. Aujourd'hui que sa fonction polémique est remplie, *le Génie du Christianisme* reste comme un monument littéraire, témoignage durable de ce que l'éclat d'un tableau peut sur l'esprit humain. Ce mouvement ne se fit pas dans les idées sans éveiller chez Portalis une de ses premières sympathies; mais la pensée générale de l'époque, en passant par l'esprit d'un jurisconsulte qui avait sa vocation propre et son originalité, en retint la forme et en prit la direction. Ce qu'allait demander le XIXe siècle, ce n'était pas un système nouveau; car toutes les synthèses étaient épuisées, toutes les extrémités de la philosophie parcourues; c'était moins, dis-je, une conquête, qu'une limite. La raison humaine, que Descartes avait dégagée de ses langes, Portalis la trouvait ivre et assouvie, et c'est avec une sagacité pleine de tact qu'il intitula son livre: *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le* XVIIIe *siècle;* titre qu'il faut remarquer avant tout, ne fût-ce qu'à cause de l'immense révolution qu'il atteste: où le philosophe des siècles précédents avait souffert pour conquérir l'usage, celui du XVIIIe siècle n'avait d'autre tâche que de le distinguer de l'abus. Censeur de cette raison naguères affranchie, il la suit dans l'emploi qu'elle fait de sa liberté recouvrée; il vérifie après elle tout ce qu'elle a touché, depuis les beaux-arts, qui ne paraissent frivoles qu'à ceux qui le sont eux-mêmes, jusqu'aux sciences naturelles et morales, s'arrêtant partout où il y a une borne à remplacer, un ravage à reconnaître, une réparation à faire; le XVIIIe siècle n'a pas remué une idée qu'il ne refoule dans la limite

qu'elle a franchie, et c'est cet esprit de mesure qui, au milieu de la variété des matières, constitue l'unité de cette encyclopédie faite par un seul homme. Ce n'est pas que les écoles de nos jours retrouvassent dans toutes ses démonstrations ce choix sévère de motifs qui est un de leurs progrès; nos éclectiques, tout en le revendiquant, se plaindront peut-être qu'il ne tienne pas la balance assez égale entre les deux origines connues de nos idées, et que l'influence alors récente de Condillac y pèse encore d'un trop grand poids; nos historiens préféreront aux causes qu'il assigne à certains faits, les causes moins accidentelles et plus profondes auxquelles ils ont pénétré; nos publicistes, qui n'ont pas sur lui la même avance, se flattent d'avoir donné à la nature intime du droit de propriété un fondement plus solide; ils n'admettront pas sa théorie des lois pénales, et croiraient compromettre le droit de punir, en l'expliquant par le droit de défense. Mais, à part ces observations sur quelques-uns de ses motifs, et qui tiennent à la marche de la science, toutes ses solutions sont adoptées. Dans un ouvrage destiné à réprimer des excès, la modération était de rigueur; aussi reçoit-il de la réaction à laquelle il s'associe, le mouvement, non la violence. Les personnes le préoccupent à peine; les noms propres ne se rencontrent sous sa plume que comme les symboles des doctrines. Il n'est pas jusqu'à l'impatience avec laquelle il rejette celles de Kant, de Kant qu'un esprit juste peut bien avoir l'humilité, ou, si l'on veut, l'orgueil de ne pas comprendre, qui ne trouve grâce près de la susceptibilité germanique. Remercions le catholique fervent de s'être rendu compte des querelles de la philosophie avec l'Église, autrement que par l'absurde et vulgaire hypothèse d'une conspiration contre Dieu. Le beau chapitre où il explique comment, à la différence de la philosophie antique, celle de notre âge a dû prendre contre la théologie les intérêts de la liberté, contient une appréciation historique qui, pour la profondeur et la sûreté des aperçus, est égale aux meilleures études de notre école. En résumé ce livre, où l'abondance des idées produit l'abondance du style, est le document le plus complet que nous ayons sur les débats de ce XVIIIe siècle, qu'il semble à la fois clore et juger.

Mais ce qui le distingue des autres productions avec lesquelles il a été en communauté d'origine, c'est qu'aucune d'elles n'a eu une application aussi prochaine. Vous qui niez l'empire des idées générales, lisez dans les méditations d'Emckendorff le programme des codes qui vous régissent; voyez le jurisconsulte s'essayant par la philosophie à la législation; l'histoire ne vous montrera nulle part la pensée de l'une aussi près de la formule de l'autre; vous suivrez de l'œil la trame de son œuvre. Il n'y a pas jusqu'à sa sévérité envers le kantisme, cette préférence donnée à l'observation sur l'hypothèse et aux faits sur l'utopie, qui n'aide à pressentir la méthode du législateur dans celle du métaphysicien.

Ce livre a été composé entre deux coups d'État; le premier avait éloigné Portalis, le second le rappela; il s'était en même temps consolé de l'un et préparé à l'autre. Le 18 brumaire se piqua de cicatriser les plaies du 18 fructidor. Portalis fut de retour à Paris le 13 février 1800. Un gouvernement peut se juger par les résultats contraires de ces formidables épreuves : quand le coup d'État sauve, les lois violées sont mauvaises, elles se laissent mutiler; l'état révolutionnaire dure encore; quand il perd, les lois violées sont bonnes; elles punissent qui les frappe; l'état normal est arrivé. La constitution de l'an III n'a eu sa sanction ni en l'an V ni en l'an VIII; la Charte a eu la sienne en 1830.

Les prémices du consulat furent heureuses; la foi dans la révolution de 89, cette vertu civique de nos jours, la plus persévérante et la plus pure de nos espérances politiques, se ranima un moment; le gouvernement possédait les conditions principales de la liberté, excepté la bonne foi de son chef, et un esprit réparateur masqua aux yeux des contemporains des intentions qu'aujourd'hui l'histoire a le droit d'accuser. La constitution de l'an VIII fut une combinaison perfide, où le despotisme fut se retrancher jusque dans les garanties prises contre lui; si le temps des définitions doctrinales n'eût été passé, il eût trouvé le secret de se cacher dans la définition même de la liberté. Bonaparte était doué à un trop haut degré du sens politique pour s'élancer du premier pas à son but; il était l'objet d'une attente, qu'il sentait le danger de tromper brusquement, et, avant que son ardeur d'usurpation eût cessé de se contenir, il y eut un intervalle d'hypocrisie, profitable à la cause sainte qu'il allait bientôt opprimer. Dans les jours de lassitude, l'ambitieux est menaçant même dans l'espèce de bien qu'il sait faire; quand il rétablit l'ordre, il édifie son pouvoir; il mérite de la patrie, en travaillant à l'asservir; et on lui sait gré de ce prélude à son usurpation. La paix religieuse et l'uniformité de législation sont de ces bienfaits habiles qu'il peut se permettre; car l'une lui rallie les sectes qui le combattraient, et l'autre l'établit au centre de l'unité qui s'achève. La justice privée ne lui est pas antipathique; la plus grande prospérité du droit romain date de la plus grande servitude de

l'empire; Papinien fleurit sous Caracalla, Ulpien sous Héliogabale. Mais le bien social s'accepte de toute main; entre l'anarchie qui expirait et le despotisme qui temporisait, le génie de la France s'empressa d'exploiter, j'allais presque dire de dévorer ce règne d'un moment, et le Code civil qui, un peu plus tôt, un peu plus tard, aurait été impossible, eut le merveilleux bonheur d'échapper à deux orages dans un instant de sérénité.

Le temps de Portalis était venu; sa gloire devait être d'occuper rapidement le terrain qui restait neutre entre deux fléaux, et d'y élever des monuments éternels. Pour les deux entreprises qui tenaient le plus intimement aux antiquités de la France et qui demandaient une judicieuse combinaison du présent et du passé, c'était surtout de son génie organisateur et conciliant que l'on avait besoin; ce qu'il fallait de science, d'amour de l'ordre et de la liberté, était dans son âme comme une provision faite depuis longtemps. Il était prêt, tout se prépara autour de lui. Ce n'était pas assez que la révolution eût triomphé; il fallait qu'elle fût tranquille, et que les puissances de l'Europe cessassent de lui renvoyer par la guerre les secousses qui leur étaient venues d'elle. Lunéville reçut les serments de l'Autriche, Amiens ceux de l'Angleterre; une négociation furtive se fit avec la Russie. A la venue du Concordat et du Code, comme à celle du Messie, il y eut un moment de paix universelle, et l'Europe attentive fit silence.

Portalis, conseiller d'État, fut chargé des affaires concernant les cultes.

Le monde moderne n'a pas de trait plus caractéristique que la séparation des deux puissances temporelle et spirituelle. L'antiquité païenne l'ignorait: il y avait identité entre ses lois et ses dieux; ses lois et ses dieux sortaient de la même origine; les deux natures de l'homme restaient unies dans sa politique comme elles le sont dans cette vie, et une seule main tenait tous les fils de la conduite humaine. Mais la société moderne, qui n'a d'instituteur que la Providence, et que je définis le développement spontané de l'homme, s'est partagée comme lui : en dehors d'un monde où la société civile périssait, s'en est formé une autre qui n'a reçu de l'homme que sa partie spirituelle, et qui, se prêtant à toutes les lois humaines sans s'en approprier aucune, s'isolant, pour être universelle, de tout ce qui est muable et limité, s'est maintenue au milieu des révolutions et des ruines par la seule inviolabilité du dépôt qu'elle gardait. Ce fut l'office de la primitive Église d'abriter l'homme moral dans son sanctuaire, et de l'y rendre insaisissable à la société civile; on dirait l'âme laissant sa tunique aux mains qui tentent de la souiller, et leur échappant pure et sans tache. Quand on la voit dénuée de force temporelle, et cependant indéfectible, malgré de profondes altérations, on se sent en effet porté à conclure qu'elle ne doit qu'à la réalité de son principe d'être devenue une puissance : puissance distincte, mais non ennemie de la souveraineté temporelle, avec laquelle elle ne devait ni rompre ni se mêler, et qui n'a livré ou soutenu tant de combats, que parce qu'elle n'a été longtemps comprise ni des autres ni d'elle-même. L'idée d'une transaction sortait naturellement de cette économie de notre monde. La pragmatique de Charles VII, le concordat de François I[er], celui de l'an x ont un caractère commun; c'est d'avoir disposé d'intérêts sacrés par des motifs profanes: la pragmatique de Charles VII n'avait rétabli le principe de l'élection ecclésiastique, que par reconnaissance pour le concile de Bâle qui avait soutenu son trône chancelant; le concordat de François I[er] ne l'avait sacrifié que par complaisance pour Léon X, qui pouvait lui fermer le Milanais; le pape et le roi s'étant partagé ce qui ne leur appartenait pas, le principe banni de Rome et de France alla presqu'aussitôt se donner à Luther, pour ne plus revenir. Le concordat de l'an x traita aussi la constitution de l'Église comme une chose dans le commerce diplomatique. Mais à cette ressemblance près, il n'y a que des différences entre ces actes célèbres, et la plus grande n'est pas celle des temps.

En l'an x, les libertés gallicanes n'étaient pas seulement une querelle jugée, mais, ce qui est bien plus, une querelle oubliée, et le Vatican venait de voir la souveraineté française de trop près pour la méconnaître. Rome ne négociait plus avec une puissance qui, pour prix de son indépendance politique, lui laissait la domination spirituelle. C'est avec la tolérance qu'elle traitait; elle triomphait de s'entendre assurer qu'elle régnait encore sur la majorité des Français, et le successeur de Grégoire VII rendait grâces au ciel de compter pour la meilleure part dans le dénombrement des consciences. La constitution civile du clergé avait introduit un nouveau schisme dans le reste des fidèles, et subdivisé une des divisions du christianisme. Plus récemment, l'Église n'avait dû qu'à l'indifférence de voir cesser la persécution, qu'elle avait subie après l'avoir exercée. Descendue de la domination à la tolérance, la situation s'était à la fois abaissée et compliquée. Le problème était d'acclimater le scepticisme à la nouveauté du sentiment religieux, et de réconcilier chaque culte avec ses rivaux et

avec lui-même; pour une si grande tâche, ce n'était point assez du génie de la paix et d'une raison éloquente; il fallait la force, il fallait Bonaparte avec les souvenirs de Rivoli et des Pyramides. Lui-même, il avait à lutter contre sa propre force. Un de ses généraux, après la cérémonie où le catholicisme a repris possession de Notre-Dame, a dit: *Cela est fort beau sans doute, il n'y manque qu'un million d'hommes tués pour détruire ce que l'on rétablit.* Ce mot manquait de vérité, il définissait mal la révolution, mais il exprimait l'opinion de l'armée. N'est-il pas remarquable que le plus pacifique des principes ait toujours eu besoin chez nous de la protection de la victoire, et que Henri IV et Bonaparte, qui ne l'ont fait admettre qu'après s'être rendus forts par les armes, se sont vus obligés d'imposer silence aux instruments de leur grandeur? C'est peut-être pour un homme d'État l'épreuve la plus difficile, de maintenir ceux par qui il a vaincu, et de ne pas asservir la politique à la reconnaissance.

Les questions les plus graves occupèrent le pouvoir nouveau. Le moment n'était-il pas venu de tarir dans leur source les vieilles querelles des deux puissances, en les réunissant dans la main qui tenait aussi l'épée? on tenta par ce conseil audacieux l'ambition du premier consul. Mais il écoutait encore la sagesse; il comprit que leur séparation était un de ces arrangements que l'on ne détruit pas comme une armée, et le consulat naissant n'alla point se briser contre une borne qui reposait sur le fondement des nations. Convenait-il, en maintenant la distinction des deux puissances, de confier à un patriarche national celle que retenait un prince étranger? Mais faire à l'Église française le don forcé de son indépendance, c'était la détruire; elle n'existe qu'avec le chef visible que Rome se réserve; on n'eût pu l'affranchir ainsi, qu'on me passe le mot, sans la décapiter, et le principe même de la liberté religieuse voulait qu'on respectât son assujettissement. Ne pouvait-on au moins se rapprocher de l'Église primitive, en rendant aux fidèles l'élection de leurs évêques? Mais le droit de nomination avait pour Bonaparte autant d'attrait et d'utilité que pour François Ier, et le consul, en le gardant, avait une excuse que le roi n'avait pas en l'usurpant, à savoir, la consécration de plusieurs siècles; il lui parvenait comme le corrélatif du droit d'institution, qui était devenu celui du pape; ajoutez qu'en s'aliénant à un schisme, le principe électif s'était rendu hostile; et d'ailleurs les réformes radicales n'entraient pas dans l'esprit du consul ni de ses conseils; le zèle du pouvoir le poussait bien autrement que celui des principes. A défaut de l'Église primitive, la philosophie du dix-huitième siècle n'offrait-elle pas une ressource? Une religion est-elle autre chose qu'un mode arbitraire d'adorer Dieu, et ne devait-on pas réduire le christianisme au niveau de tous les cultes possibles, qui seraient venus, comme autant d'êtres abstraits ou anonymes, se ranger sous une protection banale? Mais ce système eût été un mensonge et une faute; un mensonge, car la société française porte le christianisme dans ses entrailles; on s'est longtemps disputé pour savoir si l'Église était dans l'État, ou l'Etat dans l'Église, jamais pour révoquer en doute leur antique cohabitation; une faute, car un homme d'État conséquent ne pouvait voir dans le catholicisme une abstraction de la philosophie sans renoncer à en faire un ressort de sa politique, et voilà de toutes les fautes celle que Bonaparte était le plus incapable de commettre.

La religion est une vérité pour le croyant, un fait social pour l'homme d'État, un instrument pour l'ambitieux; dans le concordat de l'an X, le croyant peut voir ce qu'il aime, l'ambitieux cache ce qu'il convoite, l'homme d'État seul y dit ce qu'il pense, parce que sa pensée était la seule que les esprits pussent encore supporter.

C'est ce qu'a merveilleusement compris Portalis, avec un désintéressement bien méritoire dans une conscience, qui avait ses prédilections. Son rapport au conseil d'État est un exposé simple et austère fait à des hommes qu'il n'est pas nécessaire de convaincre, et qui n'ont besoin que de se ressouvenir. C'est une déclaration dogmatique de notre nouveau droit public. Mais sa harangue au corps législatif, préparée pour des auditeurs que possédaient des passions contraires, avait un effort difficile à tenter sur les préjugés les plus opiniâtres de l'esprit humain. Si Portalis fût venu en missionnaire proclamer une restauration catholique, il eût soulevé une tempête que l'ascendant de Bonaparte eût à peine conjurée; pour une partie de son auditoire, le retour du catholicisme était une évocation sinistre de nos plus mauvais jours; il y régnait un reste vivace de scepticisme, une répugnance unanime pour la domination sacerdotale, un certain pressentiment de despotisme, un découragement douloureux de quelques républicains sincères, et je ne sais quelle vague rancune que laissent après elles les longues hostilités. Le siècle et le catholicisme se redoutaient par le souvenir de leurs excès réciproques, et craignaient jusqu'à l'aspect des blessures qu'ils s'étaient faites. La tâche de Portalis était de prendre la religion par la main, pour l'introduire discrètement au milieu de toutes ces défiances, et de sau-

ver les premiers embarras d'une entrevue. Aussi voyez comme il procède : c'est en alléguant la nécessité d'une religion quelconque qu'il aborde son auditoire ; il puise ses arguments dans la philosophie morale, et ses exemples dans l'antiquité profane, c'est-à-dire, dans les notions qui ont conservé un reste d'autorité sur les esprits. Il demande ensuite s'il convient d'établir une religion nouvelle : thèse inouïe, dont le scandale eût fait explosion quelques années plus tôt, et qui en l'an x flattait la toute-puissance législative. C'est sous la sauvegarde de ces préliminaires que l'orateur propose le christianisme, comme un candidat à une place vacante, et nos législateurs ont pu croire un instant que la religion du Christ n'allait devoir qu'à leur choix sa seconde fondation. Mais en exposant les titres du culte qui est devenu son client, ne craignez rien : il n'aura pas la pieuse imprudence d'aller les chercher dans son origine ; il sait trop bien de quelles matières inflammables il faudrait approcher la lumière. Le christianisme est un fait ; son premier titre est d'être en possession. Il dispose des croyances établies, et la religion, à laquelle un gouvernement sage doit s'allier, n'est-elle pas celle qui lui apporte en dot la plus grande force morale? Le christianisme n'a-t-il pas fait ses preuves de sociabilité? L'histoire ne témoigne-t-elle pas qu'on peut vivre avec lui? C'est une erreur de croire qu'il ait une préférence pour le pouvoir absolu ou qu'il comprime l'essor de l'esprit ; il est perfectible, il seconde les sciences et les arts, il s'élargit avec la civilisation ; et cette raison humaine, qu'il a tant de fois combattue et brisée, ne le voyez-vous pas devant elle, plaidant comme son justiciable, et mettant tout son espoir à lui prouver qu'ils s'entendent?

Mesurons ici la marche du temps. On était loin sans doute de ce IVe siècle, où saint Hilaire gémissait, comme d'une profanation, des secours que la religion acceptait des puissances temporelles ; mais on était plus près du XVIIIe, où Fleury avait renouvelé les mêmes plaintes ; on était plus près encore de cette époque où Montesquieu, coupable d'avoir signalé dans le christianisme son utilité politique, avait été réduit à se justifier du reproche d'athéisme. Cette accusation d'une feuille ecclésiastique, il la repousse comme un danger réel, sérieux, menaçant, avec l'ironie laconique et l'indignation contenue qui caractérise sa défense *de l'Esprit des lois*. La religion, dominante et par conséquent susceptible, souffrait comme un sacrilége l'examen et jusqu'aux éloges d'un publiciste ; elle se croyait déchue de son origine, destituée de sa divinité par l'insolente approbation d'un homme. Voici cependant qu'en l'an x, un orateur apporte aux représentants de la nation une convention avec le pape, et demande pour le christianisme la sanction du scrutin. Son triomphe est de persuader que le gouvernement des consciences ne saurait être indifférent au gouvernement civil ; c'est toute sa thèse ; il la compromettrait en osant davantage, et on loue son habileté de n'être pas allé plus loin. La religion saisissait la main puissante que lui tendait Bonaparte, et acceptait avec reconnaissance une place parmi les institutions sociales. Que s'était-il donc passé dans cet intervalle de l'empire à la supplication? Ce qui s'était passé? demandez-le à l'intelligence suprême qui change et conserve tout, à la Providence. Il est impossible de ne pas reconnaître qu'une vicissitude venait de s'accomplir dans ce que la religion a de muable. Rappelez-vous que Montesquieu avait fait dans son livre une profession de foi personnelle ; remarquez que Portalis s'en abstient dans son discours. Du temps de l'un, le culte s'indignait qu'on pût voir en lui un auxiliaire de la politique ; du temps de l'autre, la politique s'inquiète qu'on fasse du premier un élément social, et, pour obtenir qu'on l'agrée à ce titre, il faut un prodige de précautions oratoires. Le discours qui résout ce problème est très-certainement une date de notre histoire ; il est en même temps un modèle de cette éloquence insinuante et franche, la première de toutes dans nos temps modernes, parce qu'elle se fait écouter de ceux qu'elle contrarie.

C'est de tous ces traits que se compose le caractère général du concordat de l'an x ; acte de modération et de force, d'ordre et de tolérance, qui donne la liberté à la masse, sans imposer de contrainte à l'individu, qui règle la vie publique, sans violer la vie privée, et qui, pour faire à tous les cultes la violence de l'égalité, saisit le seul instant où leur commune détresse pouvait l'accepter comme un bienfait. O temps de sagesse et de puissance! moment unique et rapide! Malheur à nous, faibles jouets des oscillations politiques, si jamais nous dérangions cet équilibre qui n'a été trouvé qu'une fois!

Après le concordat, le Code civil. C'était une éblouissante succession de grandes choses ; cette campagne législative compte comme la plus brillante des campagnes militaires ; la loi se piquait de la même rapidité que la victoire.

Mais aussi comme tout était mûr pour un Code civil! comme tous les obstacles s'étaient aplanis dans l'état des personnes, dans la division du territoire, dans l'ordre religieux! L'état des personnes en offrait encore en 89,

malgré l'affranchissement des communes et la récente abolition des derniers vestiges du servage; il en offrait dans l'existence de la mainmorte, et dans la distinction des trois ordres qui entraînait avec elle la garde noble et l'inégalité des partages. La division du territoire avait les siens; les provinces, en se réunissant, n'avaient point abandonné leurs priviléges; la Lorraine avait refusé d'enregistrer l'ordonnance de 1667 sur la procédure, et, sous la constituante elle-même, les parlements de Rennes et de Rouen venaient de protester contre toute atteinte à ceux de la Bretagne et de la Normandie. L'article 1er du Code : *Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français*, eût été impossible sous l'ancien régime, et ces simples paroles ont derrière elles une révolution tout entière. Avec une religion dominante, l'état civil n'appartenait pas à la souveraineté temporelle; il fallait, selon l'heureuse expression de Portalis, séculariser la législation. C'est ainsi qu'en récapitulant les résistances vaincues pour obtenir un Code civil, on résume toute notre histoire.

Mirabeau avait déclaré qu'on ne pourrait réformer la procédure qu'après l'organisation judiciaire, ni l'organisation judiciaire qu'après les lois civiles. Mais sa sagesse fut mise en défaut par une sagesse plus grande. Il était naturel qu'une révolution à la fois sociale et politique s'adressât d'abord à l'organisation judiciaire; les parlements devaient tomber avant les coutumes, et la procédure suivre la loi civile dont elle réglait l'application.

En passant du concordat au Code civil, Portalis aperçut leurs dissemblances, avec cette justesse de coup d'œil qui est en tout la première condition du succès. Ils avaient tous deux leur racine dans les antiquités du moyen âge; de là cette science du passé dont ils sont nourris également. Mais le concordat tenait plus intimement aux circonstances contemporaines, touchait à des plaie encore saignantes, mettait fin à des querelles passionnées, tandis que le Code, enfantement spontané après une gestation de plusieurs siècles, prenait tranquillement au milieu de nous une place non contestée; c'était un fruit à maturité qui se détachait de lui-même. Le discours préliminaire du projet de Code, admirable préface de ce bel ouvrage, porte l'empreinte de cette différence; supérieur par le style et par les vues au discours sur le concordat, il fut en réalité moins difficile. Le premier avait une conversion à faire, sans en laisser paraître la prétention; le second n'avait qu'une explication à fournir à des esprits qui s'empressaient au-devant d'elle. Aussi put-on vérifier alors à quel point la mesure et la dignité de la parole réagissent sur les esprits; il faudrait avoir, comme nos pères, éprouvé dans les mauvais jours de la révolution la satiété des discussions âpres et violentes, pour comprendre combien dut sembler nouvelle la langue législative de Portalis : à cette raison calme et lumineuse, à ces préceptes presque oubliés sur la bonté relative des lois, sur leur origine et leur destination sociales, sur la sobriété nécessaire du pouvoir qui les donne, à l'autorité de ces démonstrations historiques qui maintiennent le respect des traditions, à cet enseignement grave et paisible, qui détrompe par le simple rétablissement des principes, qui corrige par la censure inoffensive des contrastes, on crut reconnaître Montesquieu.

La vénération des peuples, que le temps fortifie de jour en jour, s'attacha aussitôt aux noms des rédacteurs du Code; et, en effet, qui aurait à choisir entre toutes les gloires d'ici-bas, en trouverait difficilement une plus pure. Celle du législateur antique ne peut désormais se reproduire; la création d'une cité par la seule vertu de la loi n'a été possible que dans la jeunesse du monde. Mais s'il était beau d'asservir un peuple primitif à son genie, l'est-il donc moins de trouver l'expression des besoins que la vieille humanité tient de la Providence, et de s'associer ainsi à une œuvre divine? Les rédacteurs du Code se sont approprié, en faisant une bonne loi civile, tout ce que la Providence abandonne du gouvernement de ce monde à la sagesse humaine. Pour comprendre la grandeur de leur ouvrage, transportez-vous par la pensée à l'époque qui l'a précédé; comptez ses origines si nombreuses et si disparates, le droit romain avec l'orgueil de son antique civilisation, la coutume avec les mille taches de sa bigarrure féodale, les ordonnances avec leurs essais partiels d'uniformité; suivez de l'œil ces fleuves qui coulent à travers les siècles vers un rendez-vous commun, jaloux d'abord de leur existence et de leur nom, fiers ensuite de se perdre dans la glorieuse unité qui les absorbe; ramenez vos regards sur ce Code où tant d'intérêts jadis souverains viennent abdiquer, et vous aurez une émotion solennelle, une docte et patriotique jouissance à l'aspect de cette destinée nationale qui s'accomplit. Voyez avec quelle exactitude toutes ces puissances du passé sont représentées dans le conseil d'État, où elles vont contracter alliance: voici Tronchet, le Papinien du droit coutumier, homme simple, grave et profond; on ne remarquerait pas que ses idées se sont peu généralisées, s'il n'était assis à côté de Portalis; les esprits de cette trempe creusent à leur place, sans s'étendre. Il a puisé dans la culture du droit le courage de défendre Louis XVI. Papinien est mort

pour avoir refusé de faire l'apologie d'un parricide; Tronchet s'est dévoué pour en prévenir un autre. Chef de ce tribunal suprême qui est le symbole de l'unité, il y garde comme magistrat le principe qu'il fonde comme législateur. Voilà Treilhard, jurisconsulte éminent, fervent apôtre des doctrines nouvelles. Il appartient à ces esprits rigoureux qui, dans un temps de réforme, imposent la logique aux affaires, substituent le raisonnement à l'observation, et, pour être conséquents, risquent de n'être plus vrais. Ils s'exagèrent, sans s'en apercevoir, la puissance de la loi. Treilhard a laissé un discours sur la constitution civile du clergé; il lui est arrivé d'indiquer à l'assemblée les deux divisions de son sujet dans l'ordre suivant: *Les changements qu'on vous propose sont-ils utiles? avez-vous le droit de les ordonner?* et d'accorder la priorité à celle-là comme à la plus importante? Cette physionomie douce et calme, à l'œil demi-voilé, au regard qui va s'éteindre, c'est Portalis; il stipulerait pour le droit romain, si un autre intérêt que celui de l'alliance, dont il est l'espoir, pouvait le préoccuper. De ses illustres collaborateurs aucun n'a autant que lui la conscience de sa mission et l'intelligence de son œuvre; ils sont habiles ouvriers; il est architecte. Aussi est-ce lui qui l'a ouverte, et c'est lui qui doit la clore. S'il se présente une difficulté de transition, s'il faut annoncer la fonction historique du Code dans un discours préliminaire qui doit durer autant que lui, déterminer par le vrai caractère de la loi son mode de promulgation, mettre le mariage en harmonie avec la société nouvelle, fixer les rapports de la propriété privée et de l'État, et, du haut de cet édifice achevé, proclamer solennellement l'unité conquise, on a recours à la supériorité qu'il tient de la philosophie. La philosophie n'est étrangère ni à Tronchet ni à Treilhard; mais ils subissent passivement celle de leur époque, au lieu que Portalis réagit sur elle par la méditation et la critique; avantage qu'il eut sur D'Aguesseau, qui semble avoir traversé, sans la voir, celle du XVIIIe siècle. Autour d'eux se groupe le noble essaim des Préameneu, des Siméon, des Berlier, des Malleville. Mais à leur tête voyez cette figure pâle, illuminée par des yeux ardents, jetant par intervalles dans le conseil quelques paroles brèves, pleines de sens et de décision, c'est la révolution couvant son œuvre, c'est la force assistant le droit, c'est Bonaparte. Comme le concordat, le Code civil n'a pu naître qu'à côté de son épée. Sa part dans le Code est plus grande que celle de Justinien dans les Pandectes, et c'est à plus juste titre que son nom y resterait attaché. Si quelque chose vous paraît manquer à ce tableau, complétez-le par l'imagination. Pourquoi n'évoquerait-elle pas dans l'enceinte du conseil d'État les hommes d'élite qui, pendant des siècles, ont poursuivi le fantôme insaisissable de l'unité, tous ces héros de notre épopée législative, Charlemagne, Charles VII et saint Louis, L'Hospital, Lamoignon et D'Aguesseau, Dumoulin, Brisson et Domat, Lamoignon se rappelant les conférences que ne présidait pas Louis XIV, Dumoulin se rapprochant de Tronchet, L'Hospital de Portalis, Charlemagne de Bonaparte, tous, à l'éclat soudain d'une vérité longtemps cherchée, saisis de cette admiration jalouse, que nous connaîtrions à notre tour, si nous assistions dans quelques siècles à l'explication d'un des mystères du nôtre! Ce congrès du présent et du passé n'aurait-il donc pas une sorte de réalité scientifique?

On faillit échouer au port. La plus vive opposition au Code vint d'où on l'attendait le moins, de la philosophie moderne, dont cependant il accomplissait les vœux, et qu'une meilleure intelligence de notre histoire eût préservée de cette inconséquence. Plusieurs rejets prononcés par le tribunat semblèrent menacer le Code tout entier, et la volonté forte de Bonaparte, aidée de l'éloquence de Portalis, fut le lien commun qui retint les trois éléments prêts à se désunir. Le consul retira d'abord le projet, ce que Portalis appelait *mettre le tribunat à la diète*, et, plus tard, pour le rendre aux espérances de la nation, il se crut obligé de faire de ce corps ce qu'il faisait à la guerre de son ennemi, il le mutila, et finit par le supprimer. Le plus parfait des Codes naquit sous la pire des constitutions, et, si je ne craignais de blasphémer, je rendrais grâces au despotisme politique de la liberté civile. Car, il faut bien nous le persuader, ce grand ouvrage eût été impossible sous la Charte; la pétulance de nos chambres agite trop les germes qu'on leur donne à féconder; celui du Code fût resté stérile dans leur sein.

Enfin il a été donné à la France; un bras inflexible l'a implanté sur son sol. Propagé par nos armes, il s'est consolidé par sa sagesse dans les conquêtes d'où elles se sont retirées. Quand les croisés, après la prise de Constantinople, dispersèrent les ossements des empereurs grecs, ils s'aperçurent avec surprise que le corps du législateur Justinien était seul entier dans son tombeau. Comme s'il était dans la destinée de la France d'exercer toujours une suprématie même au temps de ses revers, nous la voyons dominer l'Europe dans les dernières années de Louis XIV par sa littérature, et après la chute de l'empire par sa législation civile; énergique protestation des mœurs et

des besoins des peuples contre les limites arbitraires qui les séparent.

A peine né, le Code a été l'objet de deux inquiétudes contradictoires. Bonaparte s'est plaint que la science s'emparât de son texte, comme si ce texte dans sa précision sévère, c'est-à-dire dans sa perfection même, n'eût pas eu besoin de l'exégèse, et l'on s'est plaint en même temps que, par je ne sais quelle réaction parricide, il ait tué la science dont il est né. On répète que le droit s'en va, depuis que le droit est fixé chez nous. Portalis avait cependant pris soin d'indiquer le nouveau mouvement que les idées allaient recevoir de la codification, forme nécessaire de toute législation qui passe de la diversité féodale à l'unité monarchique. Il avait prédit et conseillé l'étude des sources; c'était le procédé inverse du premier; on ne cherche plus ce que l'on a trouvé; l'investigation cesse après la découverte. Mais lorsque l'esprit humain, si ardent à la poursuite d'une vérité lointaine, a dégagé l'inconnu de ses ténèbres, il ne se repose qu'un moment dans la contemplation de sa conquête; son incessante activité recommence un autre mouvement, et remonte le fleuve qu'il vient de descendre. Dumoulin, qui tendait à une synthèse, a dû percer vers l'avenir qui la contenait; aujourd'hui nous le verrions mettre toute la puissance de ses efforts à revenir sur son itinéraire, et à recueillir dans le passé les fils épars de la science, pour les rattacher à l'unité que nous possédons. C'est l'histoire après la synthèse; c'est la Genèse après la création; c'est encore une œuvre digne de l'intelligence.

Puisque le style est l'homme, j'omettrais un des caractères remarquables de Portalis, si je ne relevais dans le sien, non-seulement une qualité qui lui est commune avec D'Aguesseau, le ton grave du législateur, qui s'émeut sans s'agiter de la grandeur de son sujet, qui dépose dans une phrase dogmatique, élégante, quelquefois figurée, toujours substantielle, le résultat d'une expérience ou d'une étude; mais son trait distinctif, l'habitude que lui donne une philosophie affectueuse de chercher dans le cœur la raison première de ses principes. Tout a été dit sur l'inégalité des conditions et la diversité des offices; cependant lorsqu'en expliquant le droit de propriété, Portalis veut rassurer sur les abus de la richesse et des différences sociales, ses arguments se rajeunissent, parce qu'il ne les puise plus dans la source ordinaire, mais en nous-mêmes; sa démonstration se tourne en sentiment: « L'humanité, la bienfaisance, la pitié, » dit-il, toutes les vertus dont la semence a » été jetée dans le cœur humain, supposent » ces différences, et ont pour objet d'adoucir » et de compenser les inégalités qui en nais» sent, et qui forment le tableau de la vie. » Et en effet, si Dieu n'a rien fait d'inutile, il faut qu'il y ait des forts et des faibles, des riches et des pauvres, du bonheur et du malheur, pour que la bienfaisance et la pitié ne nous aient pas été données vainement. Il y a du charme dans sa manière de prouver par la loi naturelle l'indissolubilité du mariage; il parcourt toutes les périodes de la vie, depuis l'enfance où *les hommes existent longtemps avant de savoir vivre, comme, vers la fin de leur carrière, souvent ils cessent de vivre, avant de cesser d'exister*, et l'âge plus avancé où *les époux sentent le besoin de s'aimer et la nécessité de s'aimer toujours*, jusqu'à *la vieillesse, qui n'arrive jamais*, dit-il, *pour des époux fidèles et vertueux. Au milieu des infirmités de cet âge, le fardeau d'une vie languissante est allégé par les souvenirs les plus touchants, et par les soins si nécessaires de la jeune famille dans laquelle on se voit renaître, et qui semble nous arrêter sur le bord du tombeau.* C'est ainsi qu'il prolonge le lien conjugal jusqu'aux dernières épreuves de la vie, ne trouvant dans la continuité de nos besoins, de nos affections et de nos devoirs, aucun intervalle pour le rompre, sans manquer aux uns ou aux autres. J'ai encore présente l'impression que je reçus il y a trente ans, lorsque je lus pour la première fois le discours sur le titre préliminaire du Code; ma raison d'étudiant acquiesçait à l'axiome de droit énoncé dans toute sa sécheresse: *La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif*, et je ne sentais le besoin d'aucune démonstration; les paroles suivantes me révélèrent cependant un autre monde: « La tête d'un grand législateur est une espèce » d'Olympe, d'où partent ces idées vastes, ces » conceptions heureuses qui président au bon» heur des hommes et à la destinée des em» pires. Mais le pouvoir de la loi ne s'étend » point sur les choses qui ne sont plus, et » qui, par cela même, sont hors de son pou» voir. L'homme qui n'occupe qu'un point » dans le temps comme dans l'espace, serait » un être bien malheureux, s'il ne pouvait se » croire en sûreté, même pour sa vie passée: » pour cette portion de son existence, n'a-t-il » pas déjà porté tout le poids de sa destinée? » Le passé peut laisser des regrets, mais il » termine toutes les incertitudes. Dans l'ordre » de la nature, il n'y a d'incertain que l'avenir, » et encore l'incertitude est alors adoucie par » l'espérance, cette compagne fidèle de notre » faiblesse. Ce serait empirer la triste condi» tion de l'humanité, que de vouloir changer » par le système de la législation le système

» de la nature, et de chercher, pour un temps » qui n'est plus, à faire revivre nos craintes, » sans pouvoir nous rendre nos espérances. » — Loin de nous l'idée de ces lois à deux » faces, qui, ayant sans cesse un œil sur le » passé et l'autre sur l'avenir, dessécheraient » la source de la confiance, et deviendraient » un principe éternel d'injustice, de boule- » versement et de désordre : » La noble chose que la science du droit ainsi enseignée! Après ce calcul frappant d'évidence sur la destinée humaine, ne vous sentez-vous pas mieux protégé par la vérité légale qui en ressort? N'êtes-vous pas touché de ce mouvement de compassion pour l'homme, jeté dans une dissertation de jurisconsulte; de cet axiome qui s'anime et s'attendrit, en un mot de cette éloquence aussi nouvelle dans la science du droit, qu'elle l'avait autrefois été dans la morale, lorsqu'elle y fut introduite par Rousseau? Vauvenargues a raison: les grandes pensées viennent du cœur.

Portalis avait fixé les rapports des cultes avec l'État; en 1804 l'empereur lui en confia la police, et il fit le premier essai du ministère nouveau dont il était presque le créateur. Après avoir posé les principes, il eut la tâche non moins difficile de discipliner les hommes, et de leur apprendre à ne confondre pas la tolérance religieuse avec la tolérance sceptique. Il éprouva surtout que, sous le régime constitutionnel des cultes, la force qui protége est aussi quelquefois, et même le plus souvent la force qui contient. La puissance spirituelle est, en effet, plus sujette que tout autre à la loi commune; elle trouve au fond de notre âme une autre puissance toujours prête à se liguer avec elle dans ses tentatives d'agrandissement. A mesure que les temps de persécution s'éloignent, sa force d'expansion recommence son travail, elle s'indigne contre ses rivages, et ne recouvre sa sécurité qu'avec son ambition. Aussi le concordat, en vieillissant, vérifie-t-il de jour en jour le mot par lequel le premier consul révélait au général Lafayette l'esprit dans lequel il a été conçu, et qu'à son défaut le discours de M. Siméon au tribunat nous avait appris (1): le concordat est plutôt destiné à servir de frein que d'égide. Tout système qui retournerait ses précautions dans un sens contraire, en ajoutant une exubérance de force où le sentiment religieux porte déjà la sienne, donnerait un démenti à sa prudence. L'exemple de Portalis montra comment la piété intelligente de l'homme d'État entend le zèle selon la sagesse.

Cependant il sentait depuis plusieurs années l'affaiblissement graduel de sa vue; tout à coup la cataracte s'épaissit au point de rendre une opération nécessaire; il la subit avec courage; mais elle n'eut d'autre effet que de lui montrer un moment sa famille; il retomba bientôt dans une cécité plus complète: *N'importe*, dit-il, *j'ai pu voir mes petits-enfants*. Ce mot est touchant; un père, dans ce bienfait sitôt retiré, dans l'éclair qui venait de rendre sa nuit plus profonde, avait encore aperçu ce qu'il gagnait sur son malheur; pour qui n'aurait rien aimé, ce malheur eût été sans compensation. Je vois encore d'ici Portalis présider une distribution de prix, et sa main, errante sur la tête du vainqueur, chercher où poser la couronne.

Une de ses facultés les plus puissantes, sa mémoire, sembla s'exalter dans les ténèbres. Déjà au conseil des anciens, elle lui avait rendu l'office du sens qu'il allait perdre, avec une fidélité qui faisait illusion dans ses longues lectures de président et de rapporteur. Cette fois elle redoubla d'énergie: il voulut prouver à l'Académie qu'il lui appartenait encore par l'activité intellectuelle, et que les rapports de l'esprit, comme ceux du cœur, sont les derniers qui se brisent. Il entreprit l'éloge de l'avocat général *Séguier*. Il le composa dans sa tête, apportant à l'expression de sa pensée le même scrupule que si la plume l'eût fixée sous ses yeux, ajoutant, effaçant d'après les préceptes les plus sévères de Boileau, soumettant à ses amis les épreuves successives de cette imprimerie mentale, et conservant sans confusion les passages corrigés, les corrections et les avis. Cette composition remarquable dont l'effort rappelle celui de deux grands poëtes, fut lue par M. de Fontanes dans la séance publique du 2 janvier 1806.

(1) « Vous me reprochez un acte de tyrannie con- » tre un prêtre; j'en conviens, c'est un acte de tyran- » nie (on avait fait enfermer ce prêtre comme fou, à » cause d'un sermon séditieux); mais quel autre moyen » de les contenir, tant qu'ils ne seront pas soumis à » une discipline? » Mém. de Lafayette; Histoire de » France, par Bignon, t. II, p. 188.

Extrait du discours de M. Siméon : « Quoique les » entreprises de la cour de Rome, grâce au progrès » des lumières et à sa propre sagesse, puissent être » reléguées parmi les vieux faits historiques dont on doit » peu craindre le retour, la France s'en était trop bien » défendue, elle avait trop bien établi, même sous le » pieux Louis XI, l'indépendance de son gouverne- » ment et les libertés de son Église, *pour que l'on* » *pût négliger les barrières déjà existantes*.... » L'appel comme d'abus *est rétabli* contre l'usurpa- » tion et l'excès du pouvoir, etc. Ainsi *toutes les* » *précautions sont prises* et pour le dedans et pour » le dehors. »

Qu'est-ce que tout cela qu'un avertissement? eût pu demander La Fontaine. Et, en effet, il y a de ces morts partielles et successives, dont une première infirmité n'est que le commencement. Portalis acheva la sienne peu de temps après. A n'envisager que sa fonction sociale, fut-il à plaindre? C'était en 1807; les voies du consulat étaient abandonnées, l'empire inclinait rapidement vers le despotisme; les usurpations du décret sur la loi dataient de 1806; pour un fondateur de l'ordre légal, ennemi de l'intempérance dans le pouvoir comme dans la liberté, il n'y avait que la lutte ou l'apostasie. Il fut dispensé de faire un choix; il ne vit pas le gouvernement qu'il avait aimé et servi abuser de sa force et dégénérer par la victoire. Il y avait eu de l'opportunité dans son avénement aux affaires; il y eut de l'à-propos jusque dans sa mort.

(*Revue de Législation.*)

XVIII.

Procédure civile.

DU DÉLAI DES ENQUÊTES, ET DU DROIT D'INTERJETER APPEL DES JUGEMENTS EN VERTU DESQUELS ON EST TENU D'Y PROCÉDER.

L'appel de tout jugement non exécutoire par provision, étant, d'après l'art. 457 du Code de procédure civile, suspensif de sa nature, l'enquête doit être déclarée valable, bien qu'aux termes de l'art. 257 du même code, elle n'ait pas été ouverte dans la huitaine de la signification du jugement à avoué, si la partie condamnée a interjeté appel.

PAR M. CARLES, PROFESSEUR DE PROCÉDURE CIVILE A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, le système contraire eût été évident, puisque l'art. 2, tit. XXII, voulait qu'il fût procédé à l'enquête, nonobstant OPPOSITIONS et APPELLATIONS. Mais le législateur moderne n'a point, dans l'art. 257 du Code de procédure civile, reproduit la même disposition, et il faut dès lors en conclure qu'une enquête peut, si le jugement n'ordonne pas l'exécution provisoire, être encore valablement ouverte *dans la huitaine de la signification à avoué* de l'arrêt confirmatif.

Berriat-Saint-Prix, *Cours de Procédure civile*, pag. 289, note 27; Carré, *Lois de la Procédure civile*, quest. 991; Pigeau, *Traité de la Procédure civile*, tom. II, pag. 604, et Thomine-Desmazure, *Commentaires du C. de procédure civile*, n. 303 et 304, sont du même avis. Ces auteurs pensent, comme nous, que la lettre et l'esprit de l'art. 257, combiné avec l'art. 457, repoussent l'action en nullité d'une enquête qui n'aurait pas été ouverte dans la huitaine, pourvu que la partie contre laquelle elle a été ordonnée ait interjeté appel en temps utile.

Au parlement de Toulouse, nonobstant l'ordonnance prémentionnée, l'appel était même suspensif en tous les cas, et l'enquête pouvait avoir lieu postérieurement au délai

fixé. On reportait l'effet de la chose jugée à la décision des juges supérieurs, et, jusque-là, aucune déchéance n'était acquise. C'est ce qu'attestent les Commentaires de Jousse et de Rodier.

Pothier, *Traité de la Procédure civile,* 1re part. chap. 3, art. 4, § 2, enseignait encore, contrairement à l'ordonnance de 1667, ou en l'interprétant, que, lorsqu'il y a appel du jugement qui a ordonné une enquête, les délais ne courent que du jour de l'arrêt confirmatif.

« Cela est indubitable, dit-il, à l'égard de la partie qui a appelé de la décision ; car elle n'a pu, pendant l'appel, faire son enquête, puisque c'eût été renoncer à l'appel que d'y procéder.

» Il en est de même, continue Pothier, à l'égard de la partie contre qui on a appelé, parce que, quoiqu'elle eût pu faire l'enquête nonobstant l'appel, *ces sortes de jugements s'exécutant par provision,* on ne peut leur faire un reproche d'avoir déféré à l'appel.»

Tel n'est pourtant pas le sentiment de la cour de cassation. Nous allons aussi, dans l'intérêt de la science, jeter un coup d'œil rapide sur la doctrine professée par cette cour. C'est du choc de la discussion que naît la lumière.

« L'art. 257, a dit l'autorité régulatrice, n'établit pas de distinction entre les jugements acquiescés par les parties, et ceux que l'une ou l'autre d'elles peut avoir l'intention d'attaquer par appel. Or le juge ne doit pas distinguer où la loi ne distingue pas. La généralité de la disposition contenue dans cet article, est en outre confirmée par l'exception unique, formellement prononcée dans le second paragraphe, pour les jugements susceptibles d'opposition, sous ce rapport que, si l'on eût entendu suspendre l'enquête pendant le délai de l'appel, comme on l'a fait pendant le délai de l'opposition, la simple addition des mots : *ou d'appel,* suffisait pour étendre l'exception. D'ailleurs, les délais de l'appel n'ont rien de commun avec ceux de l'enquête, dont la brièveté n'a pas été admise sans des motifs graves (1). »

Nous devons d'abord faire observer que, suivant l'art. 451, il est permis d'appeler des jugements interlocutoires, et que l'art. 452 répute tels ceux par lesquels on ordonne, avant dire droit, une enquête, une vérification, ou une instruction qui préjuge le fond.

Aucun délai particulier n'est fixé pour l'appel des jugements de ce genre, de telle sorte qu'il faut s'en tenir à celui qui est prescrit par l'art. 443, pour les appels en général, délai qui est de trois mois.

Tout se réduit donc à savoir si, au préjudice de cette faculté, on est tenu de requérir, dans la huitaine de la signification du jugement à avoué, l'ouverture ou le commencement de l'enquête à laquelle il doit être procédé, sous peine d'encourir la déchéance?

La négative est indubitable.

Il est de principe, en effet, que, hors le cas où un jugement prononce l'exécution provisoire, le sort de la chose jugée, au premier degré, est subordonné au résultat de l'appel; car il est incertain si la décision sera confirmée. Tout reste dans l'incertitude, avant que la juridiction souveraine ait prononcé. C'est là une des règles élémentaires de l'ordre judiciaire : *Pendente lite nihil innovetur;* et, à moins d'exception, elle enveloppe, dans sa généralité, tous les jugements soumis à l'appel.

Cette exception existe-t-elle à l'égard des jugements interlocutoires? Pas du tout : qu'on parcoure les articles du Code de procédure civile, on n'en trouvera aucun qui établisse, à ce sujet, une différence entre les jugements interlocutoires et les jugements définitifs. Or, si la loi a été muette sur l'exception qu'elle devrait contenir pour que le contraire fût admissible, il faut s'en tenir au principe général de la suspension : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Cela posé, disons que celui auquel la loi donne le délai de trois mois pour interjeter appel d'un jugement interlocutoire, n'est nullement tenu de commencer l'enquête ordonnée par ce jugement, dans les huit jours de la signification du jugement à avoué. Non-seulement il n'y est pas tenu, mais il ne doit pas le faire, sous peine de vouloir s'interdire l'usage de l'appel qui lui est réservé. Quand on requiert l'ouverture du procès-verbal d'enquête, *ce qui ne peut avoir lieu qu'en exécution du jugement,* il y a acquiescement formel, et, par suite, une fin de non-recevoir insurmontable contre la faculté d'appeler.

Vainement argumente-t-on de l'art. 257; cet article ne s'applique qu'au cas où les deux parties acquiescent au jugement interlocutoire : alors chacune d'elles doit commencer et finir son enquête dans le délai déterminé, sauf s'il y a lieu à une prorogation. Il en est autrement, dès qu'on appelle du jugement interlocutoire, et ce cas, non prévu par l'art. 257, rentre dans les règles du droit commun, celles de la suspension du jugé.

(1) Arrêts des 25 janvier 1820 et 9 mars 1836; Sirey, tome 20-1-207, et tome 36-1-513.

C'est donc par ces règles que la condition de l'appelant doit être régie, plutôt que par celle consacrée à l'hypothèse où le jugement est respectivement exécuté sans réclamation. Voilà pourquoi la conséquence forcée est que le délai de l'enquête ne commence de courir que du jour de la signification de l'arrêt à avoué, ainsi que l'a très-judicieusement décidé la cour de Poitiers (1).

D'après la cour de cassation, on devrait, quoiqu'on fût dans l'intention d'appeler du jugement interlocutoire, requérir l'ouverture de l'enquête dans la huitaine de la signification de ce jugement, laisser le procès-verbal ouvert, et puis interjeter appel, pour continuer l'enquête en vertu d'un arrêt qui, suivant l'appelant, doit déclarer qu'il n'y a pas lieu d'y procéder.

Quelle choquante contradiction : être forcé de faire ce qu'on soutient ne devoir pas être fait! Certes, l'extension qu'on veut donner à l'article 257 ne peut pas aller jusque-là.

Comment supposer que le législateur, tout en ouvrant la voie de l'appel contre les jugements interlocutoires, ait entendu soumettre ceux qui y auraient recours, à l'exécution immédiate de ces mêmes jugements?

A la faculté d'appeler, on a joint nécessairement tous les accessoires inhérents à cette faculté, le *non-acquiescement* et la *suspension du jugé*. On n'a pas voulu, d'un autre côté, qu'il existât des procédures inutiles, et ce cas se vérifierait néanmoins, si la partie qui interjette appel d'un jugement interlocutoire, obligée de commencer son enquête, obtenait plus tard un arrêt infirmatif, conforme à ses prétentions.

Qu'on ne soutienne plus, dès lors, qu'on a exigé une procédure aussi hypothétique, aussi incertaine que celle-là, aussi contradictoire avec le droit d'appel!

« La brièveté du délai de l'enquête a eu, dit-on, pour objet de prévenir l'intrigue des plaideurs, la subornation des témoins, et, dans ce but, il faut que le procès-verbal soit ouvert dans les huit jours, sous peine de déchéance. »

Mais rien n'annonce que telle ait été la sollicitude du législateur. Ce qui le prouve, c'est,

1° La différence qu'on a introduite dans les délais, suivant que l'enquête doit être faite dans le lieu où siége le tribunal, ou dans un autre lieu, puisqu'en ce dernier cas, la fixation étant laissée à l'arbitrage du juge, il peut assigner un terme très-long, pendant lequel on aura le temps de circonvenir les témoins;

2° Le point de départ du délai, qui ne commençant de courir que du jour de la signification du jugement, autorise les parties à le retarder autant qu'elles veulent, et leur fournit l'occasion, dans l'intervalle, de suborner les témoins;

3° Enfin, la faculté de la prorogation de délai, qu'une partie peut exercer, nécessitant de nouveaux retards, soit à cause des formes de l'instruction, soit par le jugement qui l'accorde, produit les mêmes inconvénients, et peut mettre les témoins sous l'influence de la subornation.

On a tort, par conséquent, de supposer que le système que nous combattons prévienne les abus, puisque si, comme on le prétend, il fallait faire ouvrir l'enquête dans la huitaine, sauf à renvoyer l'audition des témoins après l'arrêt confirmatif, il serait toujours facile, du jour de l'appel à celui de la décision, d'user des mêmes moyens de dol.

« Pour ne point encourir la déchéance, il est au moins indispensable, ajoute-t-on, que l'appel soit interjeté dans la huitaine de la signification du jugement à avoué, car, en appelant, on donne la certitude qu'on ne voulait pas acquiescer à l'enquête, et ce délai, n'étant pas encore expiré, se trouve immédiatement suspendu; il peut alors, sans aucune difficulté reprendre son cours, dès que les magistrats ont statué sur l'appel.

L'arrêt de la cour de Paris, du 23 mars 1810, qui a imposé cette obligation à la partie condamnée, et celui de la cour de Bourges, du 5 mars 1831, qui, en décidant qu'on peut interjeter appel d'un jugement permissif d'enquête, dans la huitaine de sa prononciation, semble avoir adopté la même doctrine, se sont écartés des vrais principes (2).

C'est une erreur grave, on le conçoit de reste, que d'interpréter de la sorte les art. 443 et 457 ; ils expriment, sans distinction, qu'une partie a trois mois pour interjeter appel, et que l'appel est suspensif. Aussi ne doit-on pas déclarer que l'art. 257 a modifié la règle, et que, pour échapper à la déchéance, il faut, l'appliquant dans un sens restrictif, ouvrir le procès-verbal d'enquête ou signifier l'appel avant la fin de la huitaine.

L'opinion contraire ne repose sur aucun texte. Elle est d'autant plus arbitraire, qu'en matière de nullités ou de peines, les disposi-

(1) Arrêt du 22 janvier 1828. (Sirey, tome 28-2-345.)

(2) Carré, *Lois de la Procédure civile*, quest. 1005, et Sirey, tome 31-2-294.

tions de la loi ne peuvent pas être amplifiées. Trois mois sont accordés à l'appelant; il n'est pas obligé d'acquiescer au jugement qu'il veut attaquer : donc, évidemment, il est libre d'user de la latitude qu'on lui a offerte, et de se préserver des fins de non-recevoir qui lui seraient opposées si, provoquant la confection de l'enquête, il acquiesçait au jugement interlocutoire.

(*L'Investigateur.*)

XIX.

ORGANISATION JUDICIAIRE. — COUR DE CASSATION. — MISSION.

La cour de cassation, en ce qui concerne les délits de la presse, a-t-elle le droit de juger l'appréciation et la qualification des écrits sur lesquels sont intervenues les décisions qui lui sont déférées?

OBSERVATIONS PAR A. RODIÈRE.

Un arrêt du 29 mai 1834 a décidé l'affirmative. (*Min. pub.* C. *Gazette de Metz*, Ch. crim. D., 286; S., 398.)

Le 23 mai, dans un arrêt émané des chambres réunies (*Min. pub.* C. *Gazette du bas Languedoc*, D., 282; S., 386), la cour suprême semblait avoir à examiner ce même principe; mais elle s'est abstenue de poser aucune règle générale.

Dans cette dernière affaire, M. le rapporteur et M. le procureur général avaient discuté la question si importante de l'étendue des attributions de la cour suprême.

Rien n'est plus difficile que de poser, à cet égard, une règle constante et claire. Tout, dans le monde intellectuel, comme dans le monde physique, se trouvant intimement lié, les limites qui séparent un objet des objets voisins, ou une idée des autres idées auxquelles elle se rattache d'une manière immédiate, ces limites, disons-nous, semblent se pénétrer et se confondre. Aussi, le publiciste, quand il veut déterminer exactement ce qui est du domaine du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, le jurisconsulte ou le magistrat, quand ils doivent indiquer avec précision ce qui est dans les attributions de l'autorité administrative ou de l'autorité judiciaire, éprouvent autant de difficultés que le naturaliste qui cherche à saisir le point de séparation de la matière inerte et de la matière organisée, des êtres animés et de ceux qui ne le sont pas; que le physicien qui, en décomposant le rayon solaire, essayerait de fixer l'endroit précis où l'une des couleurs finit, où l'autre commence. Est-ce à dire qu'il est inutile de chercher des règles de plus en plus spéciales, de plus en plus exactes? Bien au contraire, c'est précisément là l'œuvre de toute science. Ainsi, le législateur se borne à tracer les caractères saillants qui distinguent certains pouvoirs, certaines juridictions. La doctrine doit ensuite éclaircir ces caractères, resserrer de plus en plus le terrain indéterminé qui sépare ces divers pouvoirs, ces diverses juridictions, et rapprocher le plus qu'il est possible leurs limites de la limite mathématique, qu'il n'est pourtant jamais donné à la faiblesse de l'intelligence humaine d'atteindre.

Tout le monde sait que la cour suprême, quand une décision en dernier ressort est soumise à sa censure, n'examine que le point de droit, qu'elle ne juge pas le point de fait. Cette idée est vraie dans sa généralité : mais, dans l'application combien n'y a-t-il pas de difficultés pour déterminer ce qui est exclu-

sivement du domaine du droit ou du domaine du fait?

Toutefois, on peut résoudre la plupart de ces difficultés en se pénétrant du but qu'a voulu atteindre le législateur en instituant cette cour; ce but incontestable et reconnu par tout le monde, c'est la pleine et uniforme exécution des lois *dans un intérêt général.*

Ce point de départ posé, les décisions soumises à la cour régulatrice peuvent se ranger en trois catégories principales.

1° Dans les termes de la loi que les magistrats avaient à appliquer ils ont pu trouver quelque obscurité et recourir à l'interprétation; ou bien ils ont mis en question que telle loi donnée fût encore en vigueur et n'eût pas été abrogée par une loi postérieure; ou bien encore ils ont révoqué en doute la légalité et le caractère obligatoire de tels ou tels décrets, règlements ou ordonnances. Dans tous ces cas, il importe au plus haut degré que l'autorité de la cour suprême intervienne pour dissiper les incertitudes, pour ramener toutes les cours à un même sentiment, pour assurer ainsi l'un des plus grands avantages dont jouit la France, celui de l'uniformité de la législation.

2° Le sens de la loi et son caractère obligatoire peuvent être évidents et n'avoir pas été contestés. Les magistrats peuvent pourtant l'avoir violée, soit par ignorance, ce qui n'arrive guère que pour les lois très-anciennes ou toutes récentes, soit par inadvertance, ce qui n'est que trop fréquent à l'égard de certaines formalités essentielles dont l'accomplissement doit être mentionné dans les jugements ou arrêts, soit même très-sciemment et sans détour, cas bien rare, mais qui peut se réaliser quelquefois, surtout dans les matières de peu d'importance où le juge prévaricateur espère que la partie condamnée ne fera pas les dépenses nécessaires pour obtenir justice. Dans tous ces cas, il faut en convenir, la cassation des décisions illégales n'intéresse pas la société à un très-haut point; car il n'est guère à craindre que ces décisions puissent tirer à conséquence pour d'autres cas. Cependant, comme la loi a été ouvertement violée, la cour suprême non-seulement peut les apprécier, mais encore elle ne peut se dispenser de les casser.

3° Le sens d'une loi est parfaitement clair; il n'est pas douteux qu'elle ne soit encore en vigueur; les magistrats qui ont rendu la décision déférée à la cour suprême ont connu son existence. Ils ont seulement prétendu que le fait qui leur était soumis ne rentrait pas dans la généralité des cas que cette loi embrassait; ou bien au contraire ils ont compris le fait du litige dans cette généralité. C'est ici le point délicat, le point vraiment embarrassant.

Cependant on peut s'aider d'une distinction qui, si elle est aussi juste qu'elle nous le semble, simplifie singulièrement le problème.

Tantôt le principe qui a déterminé la décision attaquée peut s'appliquer à d'autres espèces; tantôt son application demeure entièrement circonscrite dans les limites du procès qui a été décidé. En d'autres termes, tantôt le fait qu'on a décidé être ou n'être pas soumis à telle ou telle loi est de nature *à se reproduire*, tantôt au contraire il est de la plus absolue impossibilité que le même fait se représente avec les mêmes caractères.

Dans la première hypothèse, quand bien même les termes de la loi seraient d'une généralité telle que le nombre des cas qu'elle pourrait régir serait en quelque sorte infini, il suffit que le même fait puisse se représenter, si rare qu'il soit d'ailleurs, pour que la cour suprême doive apprécier sa nature et ses effets.

Ainsi, les art. 6, 900 et 1172 du Code civil repoussent également toutes les conventions et conditions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'étendue de cette règle est immense: combien de milliers de faits ne se trouvent pas régis par elle, et combien de difficultés les diverses nuances de ces faits ne peuvent-elles pas faire naître! Peut-on considérer comme contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs les conditions et conventions de ne pas se marier, de ne pas se remarier, de ne pas se marier avec une personne déterminée ou avec des personnes d'une certaine classe et réciproquement, d'embrasser ou de ne pas embrasser certaines professions, d'habiter ou de ne pas habiter un certain lieu, de professer ou d'abjurer tel ou tel culte, de faire ou de ne pas faire telle cérémonie religieuse? Voilà déjà des questions sans nombre, et pourtant ce n'est que la plus faible partie de celles qu'on peut indiquer.

De même, l'art. 1235 du Code civil déclare que la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Quelles sont donc ces obligations naturelles? quelles sont les inspirations de la conscience, les lois du for intérieur? voilà encore un champ illimité d'appréciations.

Ces appréciations, la cour suprême les abandonnera-t-elle entièrement aux lumières des cours royales? Ce serait sacrifier la plus belle et la plus noble partie de ses fonctions. Dans les autres cas, cette cour n'est en quelque sorte que le bras droit du législateur

chargé de l'exécution de sa volonté; dans ceux-ci, le législateur semble lui communiquer son empire. A elle de reconnaître les règles saintes de la morale qui dominent toutes les religions positives; à elle de déterminer quels sont les droits de l'homme qu'aucune convention ne peut anéantir ni restreindre; comme à elle il appartient toujours de décider si telle ordonnance, tel règlement, tel arrêté, telle décision n'excèdent pas la sphère des pouvoirs de l'autorité qui les a pris ou rendus.

Dans ces matières, les décisions de la cour suprême intéressent tous les citoyens; car tous *peuvent* se trouver dans des circonstances semblables; et c'en est assez pour que la cour suprême assure autant qu'il est en son pouvoir l'application des mêmes règles dans toute l'étendue du royaume.

Mais, dans la seconde hypothèse qu'on a faite, celle où la décision qui est l'objet du pourvoi est tellement spéciale qu'elle ne peut influer sur d'autres espèces, quels seront les pouvoirs de la cour régulatrice?

Une cour royale convient que la volonté d'un testateur légalement exprimée est obligatoire, que les conventions tiennent lieu de loi entre les parties qui les ont faites, que l'autorité de la chose jugée est inébranlable, que l'acte authentique ou sous seing privé fait foi entre les parties de toutes les énonciations qui ont un rapport direct à la disposition, que la preuve testimoniale est admissible dans les litiges dont la valeur n'excède pas 150 francs, etc.; mais elle prétend que, dans l'espèce donnée, d'après l'intention du disposant, des contractants ou des juges, le sens du testament, de la convention ou de la décision passée en chose jugée, est tel ou tel, que telle énonciation de l'acte public ou privé est étrangère à la disposition, que les faits dont la preuve est demandée ne sont pas pertinents, etc.... Ces appréciations se concentrent évidemment dans les espèces jugées par les décisions attaquées; car il est, par exemple, impossible de rien conclure de l'intention prêtée à certaines personnes dans un acte donné, à l'intention d'autres personnes dans d'autres actes. Ici donc, la révision et la censure de la cour suprême ne peuvent plus avoir la même importance; elles n'intéressent pas la société, puisque les décisions attaquées, à raison de leur spécialité, ne peuvent former aucun précédent dangereux et troubler l'uniformité de législation; cette révision et cette censure ne peuvent profiter qu'aux parties en cause. Faudra-t-il donc que la cour suprême descende de la haute sphère où le législateur l'a placée jusqu'à l'examen d'un litige privé?

Dira-t-on, à l'appui de l'affirmative, que, chez un peuple qui ne reconnaît d'autre autorité que celle des lois, tous les citoyens sont solidaires, que tous ont un intérêt plus ou moins éloigné à la réparation d'une injustice évidente dont un d'entre eux est victime? que, si cette injustice n'est pas réparée, ils ont à redouter, dans des circonstances même toutes différentes, une injustice semblable?

Si cette raison pouvait avoir quelque poids, comme toute espèce de mal jugé contient une injustice, il faudrait donc dire que la cour suprême peut toujours discuter les appréciations des cours royales.

Mais, quand le sens de l'acte a été *évidemment* dénaturé, quand un fait *évident* a été méconnu, la violation de la loi, peut-on nous dire, n'est-elle pas une conséquence nécessaire de cette erreur volontaire ou involontaire; et dès lors n'est-ce un devoir pour la cour suprême d'interposer son autorité souveraine et de réparer cette erreur?

On aurait raison, si l'évidence était toujours la même pour tous. Mais, autant il y a de différence, dans l'ordre physique, entre les vues les plus faibles et les vues les plus perçantes pour discerner les couleurs, autant il y en a, dans l'ordre intellectuel, entre les esprits faux ou superficiels et les esprits justes ou profonds pour saisir les caractères de l'évidence. Si donc la cour de cassation entre une fois dans la voie sans bornes des appréciations, où pourra-t-elle s'arrêter?

Sans doute il est des matières où l'évidence brille d'un éclat tel qu'il frappe tous les esprits. Mais qui osera dire que cette évidence existe dans un cas où elle n'a pas été aperçue par les magistrats qui ont rendu la décision attaquée?

Prétendra-t-on que c'est par inadvertance que les juges du fait ne l'auront pas aperçue, ou que, frappés par sa lumière saisissante, ils n'auront pas craint de mentir à leur conscience et de la nier?

Mais, si c'est l'inadvertance qu'on veut supposer, on doit naturellement en imputer la cause à la partie qui n'aura pas suffisamment éclairé ses juges; et alors cette partie n'est pas plus recevable à s'en plaindre qu'elle n'est recevable à proposer devant la cour suprême un moyen nouveau qui ne tient pas à l'ordre public.

Que si l'on reproche aux juges du fait d'avoir dit toute autre chose que ce qu'ils pensaient, c'est les accuser d'une forfaiture. Mais cette supposition sera encore moins admissible que la précédente; car, jusqu'à ce que la preuve contraire soit faite par la voie criminelle, la présomption légale est que la dé-

cision des juges n'a été que le résultat de leur conviction.

Dans des cas infiniment rares, il arrivera bien que cette présomption, si généralement juste pour la magistrature française, sera en opposition avec la vérité, mais, dans l'intérêt de la société, le seul que la cour suprême doive toujours avoir en vue, il vaut bien mieux qu'une injustice, même criante, demeure sans réparation, que de s'exposer à briser les barrières qui séparent les juridictions. Que si d'ailleurs l'iniquité devenait trop révoltante, les parties lésées pourraient provoquer la voie criminelle que l'art. 183 du C. pén. laisse ouverte.

Ainsi, sous le prétexte d'une évidence qui n'existe presque jamais, la cour régulatrice ne peut se livrer à l'appréciation des actes et des faits, sans se jeter dans un dédale qui n'a plus d'issue; et alors, plus elle étendrait sa juridiction sur les plaideurs, plus elle affaiblirait son autorité sur les principes, plus elle nuirait à cette haute domination qu'elle exerce sur les esprits, tant que ses membres, sans égard aux circonstances fugitives d'une espèce isolée, ne font que se rendre les organes impassibles des décrets généraux de la raison.

Mais c'est surtout dans les affaires criminelles que la cour régulatrice doit éviter avec le plus grand soin d'entrer dans des appréciations. Il y a en effet des délits, notamment les délits de la presse, qui, très-punissables dans certains cas, ne présentent, dans d'autres, aucune espèce de gravité, quoique le fait principal soit identiquement le même : c'est toujours des circonstances du moment que dépend, à peu près uniquement, la criminalité des écrits. Ainsi celui qui porte des matières en feu dans des lieux vides et inhabités ne peut encourir aucun blâme, tandis que, s'il porte ces mêmes matières dans des lieux où une étincelle qui s'en détache peut causer une effroyable explosion, ce sera, de sa part, plus qu'une imprudence, ce sera presque un crime.

Du reste, il n'en est pas des délits de la presse comme des simples contraventions. Celles-ci ne peuvent être excusées sous le prétexte que le contrevenant n'a pas eu de mauvaise intention; mais, quant aux délits de la presse, aucune loi ne fait exception à la règle générale, qui veut qu'en matière criminelle la peine ne soit appliquée qu'à celui qui a eu l'intention de mal faire.

Ainsi, comme dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 29 mai, la chambre des mises en accusation de la cour de Metz, non-seulement n'avait émis aucun motif contraire à la loi, mais encore avait formellement nié que les prévenus, dans les circonstances où ils avaient publié leur article, eussent eu l'*intention d'exciter à la haine et au mépris du gouvernement du roi*, il en résulte que l'arrêt du 29 mai est contraire aux vrais principes.

Du reste, si la cour suprême persiste à décider qu'elle n'est pas liée par des interprétations ou des appréciations qu'elle juge évidemment fausses, elle devrait adopter pour règlement intérieur de ne casser des arrêts sur ce fondement que lorsqu'il y a unanimité parmi ses membres; car, si un seul des magistrats si éclairés et si consciencieux de cette cour dont la France s'honore est d'un avis opposé à celui de ses confrères, c'est une preuve certaine que l'évidence n'existe pas, et que la décision des juges du fait ne peut être attribuée à une grossière inadvertance ni à la volonté coupable d'éluder la loi.

(*Revue de Législation.*)

XX.

PROCÉDURE CIVILE.

L'ARTICLE 377 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE NE RENFERME-T-IL QU'UNE DISPOSITION COMMINATOIRE?

CONSULTATION POUR L'AFFIRMATIVE PAR MM. ISAMBERT ET AD. CHAUVEAU.

Nous avons été consulté en 1828 sur cette question, et voici la consultation que nous avons délibérée avec notre célèbre confrère Me Isambert :

La saisie-arrêt, avons-nous dit, n'a été introduite dans notre Code que pour empêcher un tiers détenteur de deniers ou d'objets mobiliers appartenant au débiteur saisi, d'en disposer en faveur de ce dernier. Cette disposition était fort juste, et il lui fallait une sanction pour que le tiers saisi ne pût pas se jouer impunément de la mesure conservatoire accordée par la loi au créancier. Aussi, dans l'impossibilité de trouver un autre moyen, le législateur a-t-il prononcé une peine très-grave contre le tiers saisi qui n'obéirait pas à la sommation de déclarer ce qu'il doit (art. 577). Cette peine existait sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, c'est ce que nous atteste Denisart (4e vol., 8e édit., p. 368, vº *Saisie-arrêt*, nº 11) : « Si celui qui est » assigné pour faire une semblable affirma- » tion *la refuse,* il doit être réputé débiteur, » et comme tel condamné à payer les causes » de la saisie en principal et accessoires. » Le Code de procédure dit : « Le tiers saisi *qui » ne fera pas sa déclaration,* etc. » Il est donc bien évident qu'une obligation est imposée au tiers saisi; mais dans quel délai doit-il la remplir, et à quelle phase de la procédure pourra-t-on lui infliger une peine si forte qu'elle deviendrait injuste, si on ne laissait au tiers saisi les plus grandes facilités pour prouver qu'il n'est pas débiteur ou qu'il n'est débiteur que de telle somme? L'ancienne jurisprudence ne fixait aucun délai; le Code a été également muet à cet égard, et on doit en sentir le motif. Aucun délai ne pouvait être fixé au tiers saisi. Dans tel ou tel cas donné, il pouvait lui être plus difficile de prouver sa libération, et c'eût été le constituer dans une position fort périlleuse que de lui assigner un délai quelconque. Tant que le jugement qui condamne le tiers saisi comme débiteur pur et simple n'a pas acquis *l'autorité de chose jugée*, le tiers saisi a donc le droit de faire sa déclaration, sans qu'il soit possible de lui opposer un article de loi qui l'en empêche; surtout il importe de remarquer que ce n'est pas en vertu d'un jugement qui accorderait un délai pour faire cette déclaration, ou qui prescrirait au tiers saisi de la faire, sans fixer de délai, faute de quoi il serait débiteur pur et simple; que ce n'est pas, disons-nous, en vertu d'un semblable jugement, que le tiers saisi peut être *exécuté* comme débiteur pur et simple; car ce jugement ne fait que rappeler une obligation imposée par l'art. 577. Il faut un second jugement qui, faute par le tiers saisi d'avoir fait la déclaration exigée, lui inflige la peine portée en cet article; et certes, en raison de l'exorbitance de cette peine, il n'est pas à croire que jamais les tribunaux la prononcent, à moins que le refus du tiers saisi ne signale une connivence, une fraude, ou ne soit dénué de tout motif. Le premier jugement qui a ordonné la déclaration sans fixer de délai, doit, avant tout, être passé en force de chose jugée à l'égard du tiers saisi; tant que ce jugement peut être réformé, celui-ci peut différer sa déclaration sans encourir aucun reproché. Si, avant qu'un jugement spécial ait été obtenu contre lui, il a fait sa déclaration, le but de la loi est rempli; la sagesse du législateur a fait obtenir au créancier tout ce qu'il pouvait raisonnablement exiger : alors devient nécessairement applicable l'art. 576 du Code de procédure : *Si la déclaration n'est pas contestée, il ne sera fait aucune procédure ni de la part du tiers saisi ni contre lui.* La loi interdit donc alors la continuation des procédures. Seulement la justice et la raison, qui s'accordent si bien pour donner au tiers saisi la latitude qui existe dans la loi, paraissent exiger que le tiers saisi supporte tous les dépens qu'il aurait occasionnés depuis la signification du jugement jusqu'au jour de sa déclaration; et d'ailleurs le créancier ne doit pas supporter des frais qui ne sont pas de son fait, et qui pourraient, en augmentant sa créance, éloigner le terme de la libération. Faudrait-il donc traiter le tiers saisi plus défavorablement que celui qui, interrogé, ne répond pas? Quoi! sitôt après l'assignation en déclaration, le tiers saisi, qui n'y aurait pas obéi, *devrait* être déclaré débiteur pur et simple, quand bien même il serait en mesure de prouver, ou *qu'il ne doit rien*, ou qu'il ne doit qu'une partie de la somme qu'on suppose être entre ses mains! Combien le législateur serait sévère! combien, il faut le dire, la loi serait injuste si les conséquences de l'art. 577 devaient être étendues à tel point qu'un simple retard de la part d'un homme entièrement étranger au débiteur, mais qui se trouverait accidentellement soumis à une demande ou déclaration quelconque. le constituât débiteur direct et personnel sur tous ses biens! En nous résumant, nous dirons qu'aucun délai n'ayant été fixé par la loi pour la déclaration du tiers saisi, il est seulement tenu à la faire utilement, et que la pénalité établie par l'art. 577 ne peut être que le résultat d'un refus obstiné et persévérant de remplir le devoir imposé par la loi, et que cette pénalité ne peut jamais être encourue de plein droit; qu'elle ne pourrait être prononcée que par les juges, après débats des motifs qui ont pu empêcher ou retarder la déclaration. C'est ainsi que des offres réelles arrêtent toute procédure, à quelque époque qu'elles soient faites. Les principes que nous venons d'exposer sont adoptés par tous les auteurs. M. Carré, t. II,

p. 407, n° 1976, pense que l'art. 577 n'est que *comminatoire;* qu'on ne peut opposer l'art. 1029, parce que cet article, en disposant que les déchéances prononcées dans le Code ne sont point comminatoires, ne permet pas de supposer une déchéance qui n'y est pas exprimée; et qu'enfin nul article ne porte que le tiers saisi qui aura laissé écouler le délai fixé sans donner sa déclaration ou sans faire les justifications exigées, sera déchu de la faculté de remplir ultérieurement l'une ou l'autre de ces obligations.—M. F. L., t. V, p. 15, v° *Saisie-arrêt*, n°s 18 et 19, pense que le délai n'est pas *fatal* en ce sens, que la déclaration ne puisse pas se faire utilement ensuite. — M. Pig., *Comm.*, t. II, p. 173, se demande si le tiers-saisi, condamné comme débiteur pur et simple, pourra revenir en justifiant, ou qu'il ne doit rien, ou qu'il doit moins, et il répond : « Si le jugement est susceptible d'opposition, il peut, sur cette voie, faire sa déclaration et obtenir sa décharge; il le peut aussi sur appel, parce que la déclaration est la défense à l'action principale dirigée contre lui, et que l'art. 464 permet toute demande nouvelle, qui est la défense à cette action. » Telle est aussi l'opinion de M. Delap., t. II, p. 154, sur l'art. 577. En rapportant dans son Journal des Avoués un arrêt que nous allons citer, M. Coffinières s'exprimait ainsi : « La cause du tiers saisi est si favorable que les condamnations, personnellement prononcées contre lui, sont presque toujours réputées comminatoires. J'ai fait juger récemment, par le tribunal de Paris, que la déclaration affirmative était encore recevable, quoique le tiers saisi eût été déclaré débiteur pur et simple par plusieurs jugements par défaut, contre lesquels la voie de l'opposition n'était pas ouverte, à la charge seulement par lui de supporter les frais auxquels sa mise en demeure avait donné lieu. » La condamnation aux frais a été prononcée par un arrêt du 1er août 1825 de la cour de Paris (1).

La jurisprudence a presque unanimement consacré ces principes qui nous paraissent les seuls véritables, et qui sont ceux des jurisconsultes les plus éclairés. Deux arrêts seulement pourraient être opposés; mais dans quelles espèces ont-ils été rendus? Le premier est de la cour de Paris, en date du 16 mai 1810; et devant la cour le tiers saisi n'avait fait que des offres de régulariser sa déclaration; il n'avait pas demandé acte de la déclaration qu'il avait faite ; la cour a décidé que ces offres de justification étaient tardives et insuffisantes, comme elle l'aurait fait pour des offres réelles proposées en plaidoirie à l'audience. Le second arrêt, qui est de la cour de Bourges (12 février 1822) (2), a décidé qu'après la mise de l'affaire en délibéré, la déclaration ne pouvait plus avoir lieu, et que le tiers saisi pouvait d'autant moins s'en plaindre, que devant les premiers juges et devant la cour *il y avait eu des délais infinis.* — On ne doit pas opposer un arrêt de la cour de cassation, du 11 juin 1823 (3), parce que, dans l'espèce de cet arrêt, le jugement qui avait précédemment déclaré le tiers saisi débiteur pur et simple avait acquis l'autorité de la chose jugée.

Les 12 mars 1811 (4) et 1er août 1825 (5), la cour de Paris a décidé que la déclaration pouvait être faite ou régularisée en appel. — Le 27 février 1808 la cour de Turin (6) a jugé que le tiers saisi, condamné par défaut comme débiteur pur et simple, pouvait faire sa déclaration dans les délais de l'opposition. — Indépendamment des arrêts rapportés ci-dessus, le 26 novembre 1814, la cour de Rennes (7) a jugé en principe, que l'art. 577 n'était que comminatoire, qu'il fallait mettre le tiers saisi en demeure de compléter sa déclaration, et qu'en pareille matière la justice devait user d'indulgence pour fixer le délai. — Enfin, la cour suprême, le 28 décembre 1813 (8) a cassé un jugement du tribunal de Velletri (Italie), par ces motifs, que la loi ne prescrit point de délai fatal, et qu'une déclaration, faite après le délai qui a été fixé par le juge, n'en est pas moins recevable.

(*Journal des Avoués.*)

DISSERTATION POUR LA NÉGATIVE,

PAR M. HERCULE BOURDON, AVOCAT A DOUAI.

Plus les propositions sont générales, plus il faut craindre de les adopter sans cause et à la légère ; car bientôt elles vous dominent,

(1) Journal des Avoués, t. xxx, p. 86.
(2) *Idem,* t. xxiv, p. 49.
(3) *Idem,* t. xxv, p. 207.
(4) *Idem*, t. xxv, p. 102.
(5) Journal des Avoués, t. xxx, p. 86.
(6) *Idem,* T. XIX, n° 29.
(7) *Idem,* n° 94.
(8) *Idem,* n° 85.

et l'on doit subir leur conséquence logique. L'aphorisme de Bacon : *Optima lex quæ minimum,* etc., est de ce nombre ; il renferme toute une politique, toute une doctrine. Il est donc permis de le contester, et de n'en pas faire tout d'abord un axiome. Quant à nous, nous l'adoptons ; mais ce que personne ne peut contester, c'est que cette règle de Bacon sert de base à la procédure civile ; l'essence et l'histoire de cette partie du droit ne laissent pas de doute en ce point. Le législateur de 1807 l'a bien senti, et il a inscrit cette vérité au sommet du Code, dans les articles 1029 et 1030, qui interdisent toute faveur et toute rigueur, disons mieux, toute indulgence et toute sévérité au juge. Nous retrouvons la maxime de Bacon jetée comme une médaille dans les fondements du Code de procédure civile. L'orateur du gouvernement la rappelle au conseil d'État, et l'orateur du tribunat s'écrie : « Si vous adoptez l'article 1029, il » ne sera plus au pouvoir du juge de déclarer une déchéance encourue, ou d'en relever, suivant que des circonstances ou des » considérations particulières pourraient l'y » porter. Il ne devra, à cet égard, prendre » conseil que de la loi ; son office sera borné à » en faire l'application littérale, sans qu'il » puisse jamais en modérer ou en aggraver » la rigueur ; heureuse impuissance ! »

Le Code a-t-il voulu déroger à ces principes dans l'intérêt du tiers saisi ? L'article 577 n'a-t-il qu'une valeur d'intimidation ? Les prescriptions des articles 571 et suivants n'ont-elles pas de sanction pénale ? Y a-t-il, sur ce point, lacune dans la loi ? Faut-il reconnaître encore une pénalité purement comminatoire ? C'est ce que nous allons examiner.

La question n'en serait pas une si le nombre des arrêts répondait à tout ; mais nous osons croire qu'elle en fait à peine une, en ne consultant que la raison, et en écartant la jurisprudence. Cette dernière peut d'autant moins prévaloir, qu'il y a ici controverse, et que plusieurs arrêts ont dû interrompre la prescription, si l'on prescrivait contre les principes.

Le législateur, pénétré de l'étendue des obligations qu'il allait imposer au tiers saisi, a du moins voulu en différer le rigoureux accomplissement. Cette déclaration, qui avait lieu autrefois sous serment, et dont l'irrégularité peut produire des effets si graves, n'est prescrite qu'alors qu'elle est devenue indispensable. L'art. 564 porte que le *tiers saisi ne sera tenu de faire aucune déclaration avant la dénonciation de la demande en validité :* faite plus tôt, la déclaration pouvait être inutile, si, avant la dénonciation, le saisi obtenait mainlevée, ou si la demande en validité n'était pas formée dans la huitaine. La loi, sans défendre au tiers saisi d'agir et de se libérer par déclaration affirmative sitôt qu'il le veut, l'autorise à ne point se constituer en démarches dont l'inutilité n'est pas impossible. La dénonciation seule le met en demeure d'agir. Tel est le vœu de l'article 564 ; l'article 568 est en outre une sauvegarde du tiers saisi ; mais la loi a-t-elle dû, a t-elle pu faire plus ? Ses prescriptions, impérieuses pour le saisissant et le saisi, seront-elles nulles ou illusoires à l'égard du tiers saisi seul ? Quand elle lui fixe un terme à partir duquel il est forcé d'agir, n'en fixe-t-elle point dans lequel il le doit aussi ? Est-ce là un *dies a quo* sans *dies ad quem?* — On veut qu'il y ait, pour le tiers-saisi, une exception aux délais ordinaires d'assignation ; mais une exception doit se prouver. Cette exception serait dangereuse ; elle ajouterait aux facilités qu'ont le tiers et le saisi de s'accorder pour supposer des payements, et anéantir ainsi le gage du saisissant. Cette exception n'existe pas, si elle existe, qu'on la montre. Apparemment ce n'est pas l'article 577 qui la consacre ; car admettre l'exception dont il s'agit, c'est faire un non-sens de cet article, ou altérer (ainsi que nous le démontrerons) son sens naturel, et l'annuler presque en définitive, après maint excès de pouvoir. Quant à ceux qui pensent que les termes de l'article 1030 (Voyez arrêt de Poitiers, 16 juin 1818), font exception à l'article 577, il faut d'abord leur répondre que l'art. 1030, corrélatif à l'art. 1031, s'applique aux nullités résultant d'une omission ou d'une contravention de la part des officiers ministériels, et n'a rien à faire avec les déchéances prononcées par jugement (comme dans l'espèce du 16 juin 1818), non plus qu'avec celles qui sont déclarées par la loi.

Ce n'est pas l'art. 1030, c'est l'art. 1029 qu'il faut voir ; et M. Pigeau a très-bien senti que l'art. 1029, rapproché de l'article 577, ne permettait pas de réputer comminatoire la pénalité dont l'art 577 frappe le tiers-saisi désobéissant. Mais la réponse que M. Pigeau oppose est, nous ne craindrons pas de l'écrire ici, tellement peu digne d'un esprit juste, que l'on s'en étonne, et cependant c'est cette réponse qu'ont reproduite plusieurs auteurs. « En disposant, dit M. Carré, copiant ou » paraphrasant Pigeau (*Lois de la procéd.* » *civ.*, t. II, n° 1976), en disposant que les » déchéances dans le Code ne sont point comminatoires, l'art. 1029 ne permet pas de » supposer une *déchéance* qui n'y est pas exprimée. Or nul article ne porte que le

» tiers saisi, qui aura laissé écouler le délai » fixé sans donner sa déclaration ou sans » faire les justifications exigées, sera *déchu* » de la faculté de remplir ultérieurement ces » obligations. » Les mots *déchéance* et *déchu* sont soulignés; mais est-ce bien après réflexion que MM. PIGEAU et CARRÉ ont pu penser que le mot *déchéance* fût sacramentel? D'abord il nous semble que la déchéance exactement dite n'est prononcée qu'une fois par le Code à l'art. 444 (dans l'art. 749, c'est le juge et non la loi qui la prononce). Alors pourquoi le mot déchéance au pluriel; mais sans insister (bien qu'il soit permis d'invoquer une lettre contre un mot), MM. PIGEAU et CARRÉ ne nieraient pas que la forclusion des art. 660, 756 n'équivaille à déchéance. *Déchéance* n'est donc plus un mot sacramentel et qu'il faut restreindre judaïquement. M. DEMIAU DE CROUZILHAC a donc bien raison contre MM. PIGEAU et CARRÉ, quand il dit (*Eléments du droit et de la pratique,* p. 390) : « Là où la loi prononce d'une manière ex» presse, il n'est pas permis au juge d'ajouter » des dispositions suspensives ou condition» nelles. Rendre la peine prononcée par » l'art. 577 comminatoire, c'est priver le sai» sissant d'un droit qui lui est acquis par la » volonté de la loi...... Il faut absolument » que le tiers-saisi fasse sa déclaration dans le » délai de la loi; s'il se joue de la loi, il doit » être puni par où il a péché. »

Ces réflexions sur l'art. 577 sont irréfragables, en les rapprochant de l'art. 1029; et comment MM. CARRÉ et PIGEAU ont-ils pu avoir même un doute sur le sens de l'art. 1029, en présence de la discussion du conseil d'État? L'art. 1029 était d'abord conçu en ces termes :

Aucune des dispositions contenues dans le présent Code n'est comminatoire.

« L'ARCHICHANCELIER dit que, d'après cet article, il n'est point de forme dont l'omission n'opérât la nullité de la procédure.

» M. TREILHARD dit que l'article ne concerne que les dispositions pénales.

» L'ARCHICHANCELIER dit qu'il est nécessaire de réduire textuellement l'article dans ses limites, car on le généraliserait indubitablement si la rédaction que la section présente était adoptée.

» M. DEFERMON doute que la disposition ajoute à la force du Code.

» M. TREILHARD dit que les juges, naturellement enclins à regarder les dispositions pénales comme simplement comminatoires, s'abstiennent de les appliquer; qu'il convient donc de les détromper par un texte précis. L'article est adopté avec l'amendement de l'archichancelier. » (V. LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure*, t. V, p. 3).

Ainsi, c'est afin que l'article ne concernât que des dispositions pénales qu'on a adopté l'amendement de CAMBACÉRÈS. Un membre doutait que l'article ajoutât à la force du Code; il lui paraissait que la loi n'a point à ordonner deux fois. Mais on a cru devoir redoubler la force de certaines dispositions impératives, afin de surmonter un abus; on a cru l'article 1029 utile, comme confirmant les dispositions pénales; on l'a cru sans danger s'il était restreint dans cette limite; il a reçu force de loi.

L'abus auquel il s'adressait survit-il? Répute-t-on comminatoire telle ou telle disposition pénale? La jurisprudence a-t-elle infligé un pareil démenti à la loi? Nous ne pouvons le supposer; les bornes des pouvoirs sont fixées aujourd'hui; les cours et les tribunaux ne prétendent plus, comme autrefois les parlements, à une part de l'autorité législative. On a compris qu'il n'est pas moins honorable d'être l'interprète de la loi que de s'en faire à tort le juge. C'est une règle du droit actuel, que la présomption du magistrat ne doit pas être mise à la place de la présomption de la loi. La question agitée ici se réduit donc nécessairement à cette autre : L'art. 577 constitue-t-il ou non une disposition pénale? Eh bien! il nous semble que, sur ce point, l'incertitude n'est pas permise; aussi, la plupart des rédacteurs de ces arrêts, qu'on veut faire prévaloir contre la loi, n'ont pas hésité à trancher cette question par l'affirmative; et c'est d'après eux que M. CARRÉ dit : La *peine* prononcée par l'art. 577 n'est que comminatoire. En effet, les termes de l'article sont décisifs; et ce qui l'est davantage encore, c'est la rédaction de la décision de DENISART à ce sujet; l'art. 577 n'en est exactement que le résumé et la reproduction. DENISART porte, tome IV, p. 415 : « Celui » qui fait saisir entre les mains d'un tiers » peut demander que celui-ci affirme ce qu'il » doit au débiteur du saisissant, et même » qu'il justifie de ses engagements, baux, » quittances et autres *titres*. — Si celui qui » est assigné pour faire une semblable affir» mation, la refuse, *il doit être réputé débi» teur,* et, comme tel, condamné à payer les » causes de la saisie en principal et acces» soires. » Il est regrettable que les rédacteurs du Code, en reproduisant cette décision, aient cru bon de l'abréger. L'article 577, tel qu'il est écrit, rend bien leur pensée, qui est toujours celle de DENISART; mais un mot mal compris dans cet article a engagé certains tribunaux dans la fausse route où plusieurs autres les ont suivis. Les rédacteurs du Code pensèrent que le mot *déclaré*, plus expressif

que le mot *réputé*, moins fort que le mot *condamné*, serait à la fois synonyme de tous deux ; et au lieu d'écrire : « *Il doit être* RÉPUTÉ *débiteur, et comme tel condamné à payer les causes de la saisie*, » on mit : « *Il sera* DÉCLARÉ *débiteur pur et simple des causes de la saisie ;* » sur quoi, la cour de TURIN, appelée la première à prononcer touchant le sens de cet article, imagina que la loi n'avait point fixé de délai dans lequel l'affirmation dût être faite, et s'en remettait de ce soin aux juges ; qu'ils devaient, non pas *déclarer* le tiers saisi débiteur, en d'autres termes, le condamner à payer, mais qu'ils devaient *déclarer* le délai dans lequel il serait regardé comme débiteur.

Le premier vice de cette fausse interprétation est de faire supposer que le juge peut donner à la loi une force, une sanction quelle n'a pas. Dans l'espèce, quel tiers saisi prendra pour futur le délai à lui fixé? Qui voudra reconnaître au juge un droit que la loi n'exprime point? Qui ne voudra réclamer un second délai après le premier, un troisième après le second, et ainsi de suite ? une fois la route ouverte à l'arbitraire, il faut un acte d'arbitraire pour la fermer. Tiers saisi plaideur, si le temps fixé me suffit, j'en use à souhait ; s'il m'en faut plus, je proteste ; j'acquiesce au droit de fixer un délai dont je profite ; je nie qu'on puisse poser un terme qui me nuit : j'en appelle du juge à la loi.

C'est ce que n'ont pas manqué de mettre en pratique et en théorie les partisans de l'opinion que nous combattons. Le sieur Bénissein soutenait en cassation, le 11 juin 1823, que les juges ne sont pas autorisés à prononcer une déchéance qui n'est point établie par la loi, et que l'article 577 n'en prononce aucune. M. CHAUVEAU (ADOLPHE), dans une dissertation, ou (pour parler plus exactement) une consultation insérée au *Journal des Avoués* (t. XIX, p. 293), demande à quelle phase de la procédure on pourrait infliger au tiers saisi une peine si forte qu'elle deviendrait injuste.

Mais je veux que, pour suppléer au prétendu silence du Code, les juges puissent fixer un délai fatal : c'est la doctrine de plusieurs auteurs. Et remarquons, en passant, combien les schismes se divisent et se multiplient une fois hors de l'unité de la loi ! Qu'arrive-t-il? d'abord, ce n'est plus seulement d'avoir violé l'art. 1029 que je vous reproche, mais aussi l'art. 1041. Vous retournez aux jugements comminatoires, et ils ne peuvent donner ouverture par voie d'appel, et il vous faut recréer pareillement l'action en lief de comminatoire, et violer l'art. 1041 deux fois au lieu d'une. En effet je suppose, non plus que le tiers saisi a refusé sa déclaration affirmative, mais qu'il l'a faite sans aucune justification, il invoque l'action en lief comminatoire pour produire les pièces, faute desquelles on le condamna. La lui refuserez-vous?

Vous répondez que l'action en lief comminatoire n'est pas indispensable ; et que, fournissant ses moyens en cause d'appel, ainsi que l'art. 464 le lui permet, le tiers saisi obtiendra par la voie d'appel les mêmes résultats que ceux qui dérivaient autrefois de l'action en lief de comminatoire. Vous qui admettez les jugements comminatoires sans admettre l'action en lief de comminatoire qui en était la conséquence et le remède, vous pourriez regretter que, lorsqu'un jugement est rendu en dernier ressort, une partie fût privée d'une ressource que votre doctrine accorde dans le cas contraire ; mais cette idée de violer deux fois l'art. 1041 vous répugne trop : *Non repetita placent*. Soit. Le tiers saisi appellera du jugement comminatoire rendu contre lui, et il produira alors les justifications exigées par l'art. 573. C'est, en effet, ce qui a diverses fois eu lieu. Les juges d'appel se sont demandé pourquoi ils laisseraient aux juges de première instance un pouvoir exclusif et indépendant en matière de saisie-arrêt ; mais les juges d'appel, qui maintiennent ainsi la règle des deux degrés de juridiction, ne contreviendront sans doute pas à cette règle ; et en accordant au tiers saisi de produire en appel ses justifications, ils ne refuseront pas au saisissant de les contester, et d'élever à cet égard toute discussion devant qui de droit. On reviendra donc, pour les justifications, en première instance, quitte à revenir sur nouveaux frais en cour royale ; et qui sait, peut-être à compléter seulement alors la déclaration et la justification formellement prescrites par les art. 564, 573 et 577..... Faut-il dire ce que signifient à nos yeux ce circuit d'actions, cette éternisation de la procédure, cette suspension de la justice? Faut-il demander ce que deviennent, au milieu de tous ces conflits, le droit, le gage, les garanties du saisissant? Et ne faut-il pas demander plutôt comment un système qui porte en lui de pareils fruits a pu essayer de s'établir? comment deux auteurs célèbres l'ont soutenu du poids de leurs noms? comment ils ont pu oublier que les conséquences sont la pierre de touche des principes?

Avouons-le, et qu'on en convienne c'est en vue de l'équité que les arrêts dont nous avons démontré le vice, ont été rendus, et que la doctrine qu'ils créaient trouva des adeptes. C'est pour ce *fantôme respectable de l'équité* (nous empruntons les expressions

de M. TOULLIER, t. X, p. 176, n° 125, sur la doctrine des comminatoires), c'est au nom de ce respectable fantôme que l'on a sapé des droits légalement établis; ceux du saisissant ont été restreints de plus en plus. La déclaration du tiers saisi se faisait autrefois sous serment; le Code a dispensé du serment. Mais au dire de MM. PIGEAU et CARRÉ, la procuration spéciale exigée doit être authentique : la jurisprudence a encore aboli cette obligation reconnue par les auteurs. Autrefois le tiers saisi, qui ne justifiait sa déclaration que par des quittances privées, et qui n'avait pas protesté de ses payements au moment de la saisie, était déclaré suspect de collusion avec les débiteurs. Dans plusieurs villes, au moment de l'arrestation, l'huissier interpellait le tiers de déclarer ses payements et d'en représenter les quittances, auquel cas il les parafait (*Voyez.* RODIER, *Just. prat.*, art. 572). Toutes ces mesures de prudence, que le Code (selon M. BERRIAT-SAINT-PRIX) aurait bien fait de consacrer, n'existent plus. Si l'on néglige en outre celles qu'il consacre, le bénéfice de la saisie-arrêt n'est qu'un leurre pour le créancier qui saisit; et nous croyons avoir démontré que le droit du saisissant est purement illusoire : qu'il est nul si l'on viole la loi dans sa lettre et dans son esprit, en tenant pour comminatoire, malgré les termes de l'art. 1029, la pénalité de l'art. 577.

Espérons que la jurisprudence rentrera dans les principes : la cour de cassation semble les avoir reconnus par son arrêt du 11 juin 1823 (Benissein contre Gendarme); ils ont été défendus et proclamés par M. TRY, avocat général à la cour royale de Paris, sur les conclusions duquel fut rendu l'arrêt du 16 mai 1810. La cour royale de Bourges les a également sanctionnés par arrêt du 12 février 1822 (V. *Journal des Avoués,* t. XXIV, p. 49). Espérons que si un motif d'équité a pu faire dévier du droit dans un grand nombre de causes, il pourra s'en présenter quelqu'une éclatante, où le droit se trouve d'accord avec la justice, en sorte que les magistrats soient, naturellement aussi bien que forcément, amenés à rentrer enfin dans les limites de la loi.

(*Journal des Avoués.*)

XXI.

Droit commercial.

DES FAUX COMMIS DANS LES LETTRES DE CHANGE.

PAR L. NOUGUIER, AVOCAT A LA COUR ROYALE DE PARIS.

1. Aucun contrat n'est à l'abri des altérations. Les individus qui se livrent à cette criminelle industrie sont parvenus aujourd'hui à un haut degré d'effrayante habileté. Pour eux, le faux est un art véritable. Au milieu de la *surcharge*, du *grattage*, du *lavage* et de la *contrefaçon*, ils parviennent à dénaturer les actes les plus secrets et à créer d'importantes obligations. Sous leurs doigts on voit naître un testament, et un *laissez-passer* se changer en un billet de 500,000 fr. (1). Si des actes non destinés à la publicité sont exposés à ce danger, combien ce danger est plus grand dans les lettres de change circulant dans dix endroits et passant en dix mains différentes! Le commerce s'en est ému : pour conjurer le mal, il a adressé des pétitions à l'Académie

(1) Affaire Hornez, Lourtet et consorts.

des sciences, au ministère, aux chambres. On a trouvé des encres indélébiles et des papiers de sûreté. Malgré ces *admirables* inventions, les falsifications ne sont ni moins audacieuses ni moins fréquentes. D'ailleurs comment empêcher la contrefaçon de l'écriture?

Et cependant le Code de commerce, muet sur les faux qui se glissent dans une lettre de change, ne songe pas à régulariser la position des parties qui en sont victimes. Il appartient au jurisconsulte de combler cette déplorable lacune, et de réunir, à l'aide de la jurisprudence, des principes généraux du droit et des règles de l'équité, un ensemble de doctrines qui puisse servir de guide.

Au reste, les questions que font naître ces faux sont des difficultés de fait, dans lesquelles les circonstances particulières servent le plus souvent de base à la conviction des magistrats, qui, à raison du silence de la loi, se trouvent appréciateurs souverains.

2. Dire quels effets le faux peut avoir contre chacun des signataires de la lettre de change sera l'objet des six sections suivantes.

3. Je viens de parler au chapitre précédent (1) des lettres contenant des suppositions de lieux, de personnes et de qualités. Ce n'est donc pas d'elles qu'il s'agit en ce moment, d'autant plus que ces irrégularités constituent de *fausses déclarations*, et non pas le *faux* caractérisé par l'art. 147 du Code pénal. Il en est de même des lettres confectionnées sur un blanc seing destiné à un autre usage. Dans ce cas encore, on ne retrouve pas le crime qualifié par la loi pénale, mais seulement le délit d'abus de confiance prévu et puni par l'art. 407 de cette loi. Il est pourtant indispensable de constater, en deux mots, que ces lettres surprises à la confiance du tireur le soumettent à des obligations à l'égard de la personne désignée pour accepter et pour payer. Cette personne s'étant convaincue, par la signature, que la lettre présentée émanait de son correspondant, n'a pu vérifier si elle avait été créée par son ordre ou contre son gré. Le tireur a commis une faute lourde en remettant un blanc seing dont on a abusé, et il doit indemniser le tiré de bonne foi du préjudice que peut causer sa négligence.

De l'antidate.

En général l'antidate n'est pas considérée, dans les actes civils, comme un faux. Ainsi chaque jour, au palais, nous voyons des débiteurs, pour mettre leurs meubles à l'abri de poursuites, simuler des actes de vente ou de location, et leur attribuer une date antérieure à celle qu'ils ont en réalité. Ces actes, proscrits par le tribunal, ne paraissent pas au ministère public rentrer dans la catégorie de ceux contre lesquels sévit l'art. 147 du Code pénal, et ils ne sont jamais l'objet d'instructions criminelles.

En matière de lettres de change, l'antidate a des effets si pernicieux, elle protége avec tant d'impunité le débiteur frauduleux, qu'elle a été spécialement et nominativement mise au rang des faux par l'art. 139 du Code de commerce. Rien n'était plus facile, en effet, à un négociant que de se mettre par ce moyen hors de l'atteinte de ses créanciers. Quelques jours avant sa faillite, il tirait des lettres de change antidatées; il les endossait également avec antidate, au profit d'un compère; il éludait ainsi la disposition qui permet d'annuler les actes faits dans les dix jours qui précèdent la faillite, et il obtenait des ressources, ou se faisait ainsi une majorité complaisante, lui votant un concordat.

La perspective des travaux forcés à temps a rendu beaucoup moins répétés ces actes coupables, qui, altérant la confiance du commerce, lui enlevaient toute sécurité.

Du reste, l'antidate n'empêche pas le contrat de change de recevoir son exécution en ce qui concerne les tiers de bonne foi, sauf pourtant ceux qui auraient adhéré à ce contrat moins de dix jours avant la faillite.

De la fausse signature du tireur.

1. Un individu usurpant le nom d'un négociant tire une lettre de change, il commet un faux, encore bien qu'il ait pris les précautions convenables pour qu'elle ne donne lieu à aucune poursuite. Le faux existe également quand, dans le but d'accroître son crédit, on signe d'un nom fictif et que l'on livre à la circulation une lettre de change ne reposant pas sur une véritable signature. Dans cette hypothèse, le faussaire ne préjudicie pas au tireur, qui est un être imaginaire, mais il abuse les tiers, en leur offrant une garantie illusoire. C'est ce qu'a jugé la cour régulatrice par plusieurs arrêts, et notamment par son arrêt du 10 septembre 1807 (Sirey, t. VIII, 1, 170), dont voici le texte:

« Attendu que si celui qui tire sous un nom supposé, et sans chercher à contrefaire la signature d'un tiers, une lettre de change qu'il accepte lui-même, ou celui qui prête sa main à l'écriture d'une lettre de change qui

(1) Voir le *Consultant*, novembre 1838.

est ainsi tirée sous un faux nom, ne peuvent nuire à personne, sous la qualité de tireur, puisque cette qualité ne peut être opposée à personne, ils nuisent néanmoins à ceux qui, dans la circulation de la lettre de change, en peuvent devenir les endosseurs et à ceux en faveur de qui cette lettre de change est tirée dans sa confection, ou qui en deviennent propriétaires par l'effet des endossements, puisque le tireur étant partie substantielle de toute lettre de change et en devant garantir le payement, les propriétaires de la lettre de change ou les endosseurs qui l'ont acquittée sont privés de la garantie que la loi leur donnait sur le tireur, lorsque le tireur n'existe point de fait, et que la lettre de change n'en contient que la simulation;

» Que cette supposition d'un tireur est donc un faux matériel; que son effet est essentiellement de tromper la bonne foi et de nuire à autrui;

» Que si ce faux peut devenir excusable à l'égard de ceux qui, trompés par l'usage abusif et dangereux qui s'en est introduit dans plusieurs villes de commerce, s'en sont rendus coupables de bonne foi, et sans intention de nuire, il n'en doit pas moins être poursuivi jusqu'à ce que cela apparaisse clairement à la justice;

» Que le prévenu qui est l'objet des poursuites a agi de bonne foi et sans intention de nuire, etc., etc. »

II. Il importe maintenant de savoir quelles seront les conséquences de la négociation successive aux divers endosseurs et quels seront les droits du tiré, qui, trompé comme le porteur, a versé à ce dernier le montant de la lettre fausse.

Commençons par dire un mot des endosseurs, ensuite nous nous occuperons du tiré.

De même que le premier endosseur a été abusé par l'identité de la fausse signature avec l'écriture du prétendu tireur, de même les endosseurs subséquents ont vu leur religion surprise par cette contrefaçon. Sur ce point, tous ceux qui participent à la circulation de la lettre sont dans une semblable situation. Mais comme chaque négociant ne reçoit une lettre de change que de la part de correspondants ou de personnes à lui connues, le premier endosseur doit se reprocher le tort grave d'avoir pris un effet d'un individu dont il n'était pas sûr. Sous ce rapport, il est équitable de mettre à sa charge les résultats de son imprudence. D'ailleurs, l'endossement n'étant autre chose qu'un transport commercial, avec garantie solidaire et forcée, il est évident que les derniers endosseurs ont un recours à exercer, une demande en restitution à former contre les endosseurs antérieurs. Ils ont ce droit dans une lettre de change véritable, à plus forte raison le leur concède-t-on lorsque les cédants ne leur ont transmis qu'un titre nul dès l'origine. Ceci n'a jamais fait question; mais il était utile de le dire pour ne laisser aucune confusion.

III. Ici se place une question très-grave.

Le porteur d'une lettre de change laisse expirer les délais pour faire protester. Nonobstant ce défaut de diligence, il recourt contre son endosseur immédiat. Celui-ci oppose la déchéance tirée de l'art. 168, qui le libère de toute action. Sur ce point, pas de difficulté possible. Mais le porteur a découvert que le tireur et le premier endosseur n'ont jamais existé; que l'indication de leur nom idéal est l'œuvre d'un faux, et il soutient qu'à ce titre l'endosseur lui doit garantie. Il s'appuie non plus sur les principes spéciaux à la lettre de change, mais sur les règles du droit civil contenues en l'art. 1693. « Celui qui vend une » créance, ou autre droit incorporel, dit cet » article, doit en garantir l'existence au temps » du transport, quoiqu'il soit fait sans garan- » tie. » Le porteur prétend que du moment où il est avéré que la signature du tireur est fausse il n'y a plus ni lettre de change ni obligation quelconque; que dès lors il est impossible d'appliquer les prescriptions concernant les effets de commerce à un acte à forme radicalement nulle dès l'origine. La cour royale de Lyon a admis ce système le 15 mars 1826, dans un arrêt très-spécieusement motivé.

Au premier aspect, nous avons été séduit par ce système. Nous ne sommes pas en effet de ceux qui, mettant en hostilité les lois exceptionnelles et les lois générales, ne veulent rien emprunter à ces dernières, même lorsqu'il existe dans la loi spéciale une évidente lacune. Nous pensons que l'art. 168, qui prononce en faveur des endosseurs contre le porteur négligent une légitime déchéance, doit s'entendre du cas où le porteur est investi d'un acte qui présente en réalité les caractères de la lettre de change. Nous pensons encore que si ce titre frappé d'un vice irréparable, indélébile, ne contient aucune obligation légale, il est juste de placer à côté des priviléges reconnus par le Code de commerce les droits consacrés par le Code civil. En cela nous nous montrons fidèle à la jurisprudence de la cour de cassation, qui, par ses arrêts des 31 juillet 1817 et 20 décembre 1821 (S., t. XIX, 1, 6, 8 et XXII, 1, 138) a, par application de l'art. 1693, obligé à la garantie de droit envers des porteurs négligents, les endosseurs d'effets de commerce dont les souscripteurs étaient en faillite au moment de l'endossement par eux passé. D'ailleurs, n'est-ce pas le même principe que l'on appli-

que, et sans contestation, lorsqu'on apporte au porteur un droit de recours contre l'endosseur, qui, même de bonne foi, tenant le titre du faussaire lui-même, ne peut offrir un cédant sérieux?

Mais, il faut le dire, une circonstance de fait sortie du procès auquel nous empruntons cette difficulté, est venue modifier notre conviction. Dans l'espèce, l'endosseur attaqué avait de bonne foi reçu la lettre de change d'un endosseur réel, dont il indiquait le nom et le domicile, et qui, lui aussi, avait agi loyalement.

La position nous a paru complétement changée, et la question se résume en celle-ci : Un endosseur est-il tenu de justifier de l'existence de tous les endosseurs précédents et du tireur, ou bien doit-il être astreint seulement à faire connaître son cédant immédiat?

Et d'abord, exiger la preuve que tous les signataires d'une lettre de change existent en réalité, ce serait rendre sa négociation impossible. Qu'on ne l'oublie pas, les lettres de change viennent souvent d'un pays étranger, toujours d'une autre place que celle où elles sont payables; elles sont couvertes de signatures nombreuses, inconnues : comment l'endosseur pourrait-il les contrôler et démontrer leur sincérité? aurait-il le temps et les moyens de se livrer à ces délicates perquisitions? Spéculant sur cette impossibilité matérielle, le porteur de mauvaise foi, au moyen d'une simple allégation, ferait peser sur son cédant une responsabilité indéfinie.

D'ailleurs, nous comprenons à merveille que l'endosseur soit astreint à fournir une créance et un débiteur; néanmoins et naturellement, cette démonstration, il la fera d'une manière conforme à la nature particulière du contrat de change, et c'est ici que l'arrêt du 15 mars 1826 a méconnu l'opération qui se traite dans les effets de commerce. Sans nul doute, lorsque le nom du tireur est simulé, il n'y a, dans l'origine, ni obligation, ni contrat de change, puisque personne ne reçoit l'*équivalent* des fonds que le tiré doit verser postérieurement, puisque personne ne donne réellement à ce tiré le *mandat de payer*. Mais lorsque cet acte irrégulier est mis en circulation, lorsqu'un tiers sérieux intervient et a fourni la valeur, il y a remise d'argent; il y a aussi, vis-à-vis du porteur, mandat de payer; car l'endossement, outre la cession qu'il opère, répète au tiré l'invitation de payer, qui avait été faite par le tireur : à l'égard de son cessionnaire, chaque endosseur devient un véritable tireur; de telle sorte que le vice primitif, s'il n'a pas disparu, quant au tiré, est corrigé, quant au porteur, qui a reçu de son cédant une créance valable sur la signature, dont ce cédant lui-même avait reçu le titre.

Ainsi, et en résumé, tout ce que le porteur peut réclamer, c'est que son endosseur immédiat justifie d'un cédant sérieux. A ce dernier il fera la même réclamation, et il finira par arriver à l'endosseur, qui a reçu le titre du faussaire et qui doit supporter les conséquences de sa négligence.

Cette doctrine a été accueillie par la cour régulatrice, qui, par arrêt du 17 mars 1829, a cassé l'arrêt de la cour de Lyon. Du reste cette dernière cour a fait cesser cette dissidence, et par une nouvelle décision du 20 mars 1828, elle a rendu hommage aux vrais principes.

IV. Quant au tiré, il me semble qu'il ne saurait, vis-à-vis du porteur, souffrir d'un payement surpris à sa bonne foi. Cependant une autorité respectable, M. Pardessus (*Cours de droit commercial*, tome II, partie II, tit. IV, ch. IX, sect. 1re, nos 458 et 460,) est d'un avis contraire, parce que le tiré prétendrait vainement qu'il ne peut être présumé avoir entendu accepter (ou payer) autre chose qu'une lettre véritable... que quelque favorable que soit sa position, elle l'est moins encore que celle du porteur; que quelque prudence qu'il ait pu mettre dans sa conduite, il avait plus de moyens de découvrir le faux que celui-ci, qui rarement est à portée de vérifier la signature du tireur.

Il est bien vrai de dire qu'avant de payer le tiré est dans l'obligation de vérifier si la signature de son mandant est réelle; mais il faut reconnaître aussi que son erreur repose sur la faute primitive de celui qui a pris la lettre de change. C'était à ce dernier, bénéficiaire ou premier endosseur, qu'incombait le devoir de ne mettre en circulation qu'une lettre sérieuse. Pour cela, il lui suffisait de connaître la moralité de la personne qui venait la lui offrir. S'il a été dupe de sa confiance en elle, nul autre que lui et ses ayants droit ne doivent être responsables de cette conduite légère. Or qu'est-ce que le porteur? Nous avons eu vingt fois l'occasion de le dire, c'est le représentant du bénéficiaire, de celui qui le premier a reçu la lettre en payement ou en échange de sa valeur.

Remarquons, en outre, qu'il n'y a ni lien de droit ni contrat, puisque celui de qui il émanerait n'en est pas l'auteur véritable, et que dès lors on ne retrouve pas le mandat de payer; que le tiré, qui n'a pas accepté, n'acquitte pas sa propre dette, mais celle de son mandant, et que, si ce mandant n'existe pas, le payement est le résultat d'une erreur évidente. Malgré cette nullité radicale, le porteur

se présente, à l'échéance, au domicile indiqué, et annonce qu'un tel tireur donne commission à son correspondant de verser à sa décharge, certaine somme entre les mains de lui, porteur. Sur cette réquisition, le tiré accomplit le mandat articulé. Qu'arrive-t-il, c'est que l'ordre n'existe pas, et, que, trompé lui-même, le porteur a trompé le négociant auquel il s'est adressé : celui-ci peut réclamer le remboursement de sommes indûment perçues, en se fondant sur l'art. 1235 du Code civil, dont voici le texte : « Tout payement » suppose une dette : ce qui a été payé sans » être dû est sujet à répétition. »

Ajoutons enfin que la lettre de change, constamment assimilée à une monnaie courante, a été envisagée comme la monnaie habituelle du commerce. Or pour qu'un payement soit valable, il faut qu'il ait lieu en espèces de bon aloi. Si vous venez me verser des pièces fausses, leur remise ne vous libère pas, et la seule difficulté que je trouverai dans une réception ce sera de prouver leur identité. Il est juste de le décider également en matière de lettre de change. Comme équivalent de l'argent que je vous paye, vous me donnez de la fausse monnaie, une lettre de change falsifiée; nous ne pouvons êtres quittes, et je suis fondé à vous attaquer en restitution.

Toutefois il est bon de faire observer que si le tiré paye, il élève contre lui une présomption de dette; que s'il veut répéter ses fonds il devient demandeur, et qu'en cette qualité il est tenu de prouver la fausseté de la signature du tireur.

5. Par ces motifs, l'accepteur serait, dans l'espèce, restituable contre son acceptation, qui est une sorte de payement anticipé, en ce sens, qu'elle rendrait le payement inévitable, si elle était considérée comme valable.

6. Le tiré pourrait-il, en cas d'insolvabilité du porteur, recourir contre le tireur?

Je ne le pense pas; car ce dernier n'a été la cause directe ni indirecte du dommage éprouvé : s'il eût donné un mandat, il serait responsable de son exécution et des pertes subies à son occasion; mais il est totalement étranger à la négociation frauduleuse, et la confiance qu'il a inspirée au tiré est un fait malheureux pour ce dernier, et rien de plus.

De l'altération de la somme à payer.

1. Lorsque le tireur a réellement souscrit la lettre de change, il peut arriver qu'une altération de nature à tromper une personne intelligente, ait lieu dans l'énonciation de la somme à payer.

Dans ce cas, l'inverse de ce que nous avons décidé plus haut doit être pris pour règle. Le tiré, qui accepte ou qui paye, est lié définitivement à l'égard du porteur, et il n'est pas admissible à critiquer son acceptation ou le payement effectué par lui. Cela ressort des principes que nous avons posés dans le n° 3 de la section précédente. La lettre de change a été véritable dans son origine; elle a été l'objet d'une convention licite et régulière : il y a eu lien de droit, mandat, dette, et le mandataire n'a pas été trompé sur la signature du mandant. Il y a plus, le mandataire a été négligent : il ne devait pas accepter ou payer sans une *lettre d'avis* lui annonçant la quotité de la somme pour laquelle il y a traite.

A l'encontre du tireur, le mandataire peut, au contraire, exercer l'action en répétition : d'abord parce qu'il a souffert *ex causâ mandati* et que le mandant doit, comme le dit l'art. 2000 du Code civil : « Indemniser le » mandataire des pertes que celui-ci a es» suyées à l'occasion de sa gestion, sans im» prudence qui lui soit imputable; » en second lieu, parce que le souscripteur n'a pas usé d'une imprudence complète en ne mettant pas son titre à l'abri des altérations, ou en ne prévenant pas le tiré par lettre d'avis du chiffre exact de la lettre.

Il est pourtant une nuance : si, en acceptant, le tiré a exprimé son engagement par chiffres, ou d'une manière aisée à falsifier, et si l'altération, succédant à son adhésion au contrat, s'est glissée dans cette adhésion elle-même, la faute en est à lui, il doit la supporter.

2. Au surplus, la partie sur qui retombe en définitive le poids du faux, doit trouver chez les autres parties la facilité de reconnaître l'auteur du crime.

Pour cela, elle fait sommation à l'endosseur qui précède, d'avoir à lui justifier de l'existence et de l'individualité de son cédant. A ce cédant elle demande la même justification, et ainsi de suite, jusqu'à ce qu'elle parvienne au faussaire, ou à celui dont l'imprudence a causé le dommage.

De la fausse signature de l'accepteur.

1. Ce que nous avons dit de la fausse signature du tireur s'applique naturellement au tiré, dont la position dépend de celle du créateur du titre.

Il est évident qu'il y a faux dans l'acceptation, soit que l'on imite la signature d'une personne existante, soit que l'on accepte, en signant d'un nom imaginaire.

Il est également indubitable que le tiré, pas

plus que le tireur, ne se trouve assujetti à aucune obligation par suite de la fausse indication qui est faite de son nom par fraude et à son insu.

Enfin il est certain aussi qu'en cas de surcharge de la somme, l'accepteur qui la démontre n'est tenu que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle il s'est engagé.

Dans ces deux hypothèses de contrefaçon totale ou partielle, et de refus de la part du tiré, le porteur conservera ses droits par le protêt.

2. On s'est demandé si l'accepteur induit en erreur par la similitude des écritures et ayant payé au porteur, pourrait, découvrant le faux, se faire rendre par ce porteur la somme indûment reçue. Cette question est, sous une autre forme, la même, au fond, que celle soulevée à propos de la fausse signature du tireur, et résolue dans le n° 3 de la 2e section de ce chapitre. Nous lui donnerons par conséquent la même solution. Toutefois une distinction est nécessaire. S'il y a eu acceptation sincère, et surcharge de la somme, l'accepteur doit, pour l'excédant, être admis à une légitime répétition, en vertu de l'art. 1235, C. civ., précité. Si, au contraire, il y a eu acceptation fausse en totalité, sauf surcharge, le tiré habile à quereller son acceptation ne serait pas reçu à demander la nullité de son payement. En effet, le porteur lui répondrait avec raison : « La personne désignée pour le » payement paye, non-seulement par suite de » son acceptation, mais souvent encore par » confiance pour le tireur, ou pour acquitter » une dette. J'admets volontiers que votre acceptation est nulle, mais vous restez dans » la position de celui qui a acquitté la lettre, » sans s'y être engagé préalablement, et qui, » nanti ou à découvert, a fait honneur à la » signature du tireur. »

De la fausse signature du porteur.

1. Vers l'an 1730, il survint plusieurs exemples notables de faux acquits : la justice retentit des plaintes du commerce, et les négociants, pour se mettre à l'abri de semblables surprises, se soumirent respectivement à de pénibles entraves. Le tiré ne payait au porteur qu'après que celui-ci s'était fait certifier et reconnaître. Le tireur lui-même écrivait confidentiellement au tiré, et lui donnait un *mot d'ordre*, ou un *signe*, ou un *fac simile* de l'écriture du porteur, à l'aide desquels il pouvait se convaincre de la sincérité de ce dernier. Voici ce que dit Fuleman, ch. 6, p. 113 : « Quand on fournit une lettre à un voyageur, il arrive souvent, pour la sûreté de la personne qui doit recevoir la lettre, que l'on envoie au correspondant sur qui elle est tirée sa signature (si la personne n'est point connue), afin de la confronter avec celle qui servira pour l'acquit; et quelquefois encore, on convient d'un mot, *comme un mot du guet*, dont on avertit le payeur, afin qu'il ne paye qu'à celui qui lui dira ce mot, ou lui présentera la marque dont on est convenu. »

2. A cette occasion la question suivante s'éleva : une lettre de change, égarée ou arrachée par violence, tombe entre les mains d'un homme de mauvaise foi, qui contrefait la signature de son propriétaire légitime, appose un faux acquit, et réclame le payement. Abusé par cette altération habilement faite, le tiré vide ses mains; le véritable porteur du titre peut-il contester la validité de cette libération? En d'autres termes, le payement fait sur *faux acquit* libère-t-il le tireur et l'accepteur?

Sous l'ancien droit, il était généralement admis que le tiré n'était pas libéré. Scaccia disait dans son Traité *de Commercio et Cambio*, § 2, Gloss. 5, num. 397 : « Infero ex hâc declaratione quod Bancherii, seu nummularii, debent esse cauti in scripturis, et subscriptionibus cedularum et illarum recognitionibus, qui si solverint pecuniam cum cedulis, seu apochis falsis, quæ eis presentantur, etc... quas ipsi veras præsupponunt, quando solvunt, coguntur iterum solvere veris dominis pecuniarum quia malè solverunt. »

Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, des auteurs recommandables accordaient aussi une action contre le tiré, et niaient la validité du payement. Je lis notamment dans Du Puys de la Serra, chap. 13, n° 13 : « Il faut ajouter une considération pour la validité de la décharge de celui qui paye : c'est qu'il doit connaître celui à qui il paye être véritablement celui à qui la lettre de change est payable, soit à droiture, ou par ordre, et que l'ordre est bien véritable; car s'il payait sur un faux ordre, ou à quelqu'un qui prît faussement le nom de celui qui est mentionné dans l'ordre, il payerait mal, et serait obligé de payer une seconde fois au véritable porteur de la lettre de change, ainsi qu'il a été jugé par plusieurs arrêts.

» 14. C'est pourquoi lorsque des lettres de change sont présentées par des inconnus pour en exiger le payement, il est bon de les obliger ou à donner caution, ou du moins à se faire connaître et certifier par des personnes de probité, et sur le témoignage desquelles on puisse être en sûreté. »

De son côté, Pothier corrobore ce sentiment dans son chap. 6, art. 1er, n° 168.

Voici en quels termes : « Le principe que le payement de la lettre de change, pour être valable, doit être fait au propriétaire de la lettre, ou à quelqu'un qui ait pouvoir de lui, ou qualité de recevoir pour lui, sert à la décision de la question suivante :

» Le propriétaire de la lettre de change l'a envoyée par la poste, à son correspondant, sur le lieu où elle est payable; il a passé son ordre à ce correspondant, afin qu'il la reçût pour lui : le courrier de la poste est arrêté en chemin par des voleurs et dévalisé. Avant qu'on ait pu donner avis de l'accident à l'accepteur sur qui la somme est tirée, l'un des voleurs, qui s'est emparé de la lettre, se présente sous le faux nom de celui à qui l'ordre en est passé, et en reçoit le payement de l'accepteur. Ce payement opère-t-il la libération soit du tireur, soit de l'accepteur, envers le propriétaire de la lettre? SCACCIA, § 2, Gloss. 5, n° 340, décide, conformément au principe ci-dessus, que ce payement n'est pas valable, et ne peut opérer la libération ni du tireur, ni de l'accepteur, envers le propriétaire de la lettre de change, ce payement ayant été fait à une personne qui n'avait ni pouvoir du propriétaire de la lettre, véritable créancier de la somme y portée, ni qualité de recevoir pour lui. »

JOUSSE, dans ses Observations générales sur les lettres de change, dernier paragraphe, se joint à ces graves autorités.

Cependant CLÉRAC, chap. 3, n° 4, p. 40, proteste contre cette doctrine : il pense que » si la lettre est interceptée sur la poste ou par les chemins, en ce cas, il y a du péril; car le banquier correspondant auquel l'adresse est faite n'est pas obligé de reconnoître la personne qui se présente et qui reçoit le payement, pourveu qu'il connoisse et soit asseuré que le corps de la lettre est véritable, il paye valablement au porteur d'icelle. *Arrest du parlement de Paris* du jeudi 6 mars 1625 (1); autre *Arrest du parlement de Bordeaux* du mardi 24 mars 1648. » TOUBEAU, t. II, p. 246, et BORNIER, p. 591, partagent cette manière de voir. Ce dernier cite même deux arrêts des parlements de Montpellier et de Bordeaux.

Malgré mon respect pour Du Puys de la Serra, Pothier et Jousse, je ne saurais accéder à leur doctrine.

Avant de l'examiner, il est utile de repousser ce devoir nouveau que Du Puys de la Serra veut mettre à la charge de celui qui paye. Ni l'ordonnance de 1673, ni le Code de commerce, ni aucun usage, n'imposent au tiré l'obligation de se faire donner caution par le porteur qu'il ne connaît pas, ou de contraindre ce dernier *à se faire connaître et certifier par des personnes de probité, et sur le témoignage desquelles on puisse être en sûreté*. Cette prétention serait fort mal reçue par le porteur. Elle est contraire à toutes les pensées sur lesquelles le contrat de change repose, et s'opposerait à la rapidité du payement, à la simplicité de la transmission, qui forment les deux grands caractères de la lettre de change. Qu'adviendrait-il, par exemple, si un étranger arrivant de pays éloignés, et inconnu dans Paris, se trouvait porteur de lettres payables dans cette ville? Lui demanderait-on des garanties? Lui refuserait-on le payement? Il serait contraint de faire protester, d'introduire un procès, de subir les lenteurs d'une instance judiciaire, et l'on détruirait ainsi par un abus les avantages précieux de la monnaie factice du commerce.

Au surplus, cette doctrine était même repoussée avec énergie par les anciens auteurs. Ainsi TOUBEAU disait, p. 246 : « Il est si vrai qu'un porteur de la lettre est réputé le véritable créancier, que *Clérac*, dans son livre de commerce des banques et lettres de change, rapporte un arrêt du 24 mars 1648, sur un appel de la bourse des marchands, par lequel le tireur fut condamné à restituer la somme qu'il avoit reçue, et pour laquelle il avoit donné lettre de change, sur ce que celuy sur qui il avoit la lettre de change payable au porteur refusoit de la payer, disant qu'il ne le connoissoit pas. »

Cela dit, il faut nous expliquer sur la question soulevée par Pothier et la Serra.

La solution qu'ils en donnent ne me paraît ni équitable ni fondée en droit.

En équité, le propriétaire qui égare le titre ou à qui il est ravi a une certaine négligence à se reprocher. C'est toujours par un défaut de soin plus ou moins excusable que cette perte a eu lieu. Ainsi est-il lorsqu'elle est conservée en portefeuille, laissée dans un endroit propice à un enlèvement ou confiée à un employé peu soigneux. D'ailleurs, dès que le porteur s'aperçoit de la soustraction, ne doit-il pas s'empresser d'en prévenir le tiré? Puis le Code de commerce ne lui donne-t-il pas la possibilité d'empêcher le payement? L'art. 149 autorise une opposition, et les art. 150 et suivants enseignent quelle marche il faut suivre pour obtenir un duplicata. Mais, dira-t-on, le propriétaire a su trop tard l'adirement de la lettre? Je réponds : C'est là encore une faute; c'est à lui de surveiller

(1) Cet arrêt est rapporté par BOUCHET, en sa *Bibliothèque de droit*.

les valeurs de son portefeuille et de s'instruire à chaque instant de sa véritable situation. Il en est de même dans l'espèce où se place Pothier. Dès qu'a cessé la violence, c'est un devoir que d'user de la plus extrême diligence pour avertir la personne chargée de payer. Si les voleurs ont eu le temps de se présenter, vous avez eu le temps de vous présenter aussi, d'entraver ainsi un payement illégitime, et de mettre la justice en mesure d'arrêter les voleurs ou leurs complices. Objectera-t-on que les malfaiteurs ont placé le propriétaire en tel état, qu'il a été impossible qu'il prévînt? Dans ce cas, son retard sera excusable, mais sera-t-il juste pour cela de rendre le tiré passible de ce fâcheux événement? Si votre maison brûle, si votre récolte périt, si vos marchandises s'avarient, il est naturel que vous subissiez les conséquences de ces malheurs; de même, si des malfaiteurs vous dépouillent, il n'est pas équitable que j'en souffre. A chacun ses épreuves et ses traverses.

En droit, la question me paraît encore favorable au tiré et au tireur.

La loi civile, laissant de côté toutes les considérations sur la bonne foi des parties, dispose, dans son art. 1239, que le payement doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à le recevoir pour lui. En matière commerciale, cette sévérité de principes ne pouvait être admise. Le grand nombre de personnes qui concourent à la même opération, la multiplicité des payements, la rapidité des affaires, qui se traitent souvent entre négociants inconnus l'un à l'autre, l'impossibilité d'une investigation minutieuse; tous ces motifs, d'un intérêt immense, ont fait appliquer au commerce des règles moins rigoureuses.

Il est indubitable que le porteur de la lettre, malgré la spoliation dont il est victime, n'a pas cessé d'en être l'unique propriétaire, en ce sens qu'il conserve tous ses droits contre le faussaire ou contre ses cessionnaires. Mais à l'impossible nul n'est tenu. Vis-à-vis du tireur, qui a rempli son engagement de faire payer, vis-à-vis du tiré, qui a obéi au mandat, la présomption de propriété a été contre le porteur dépouillé. Prévision est due au titre. Pour le tiré, le seul créancier est celui qui détient son acceptation ou la signature de son mandant. Il n'a d'autre moyen de contrôle qu'un examen attentif : si de cet examen il ressort une conviction non pas légère, mais telle que tout homme raisonnable doit l'avoir, il est à l'abri de tout reproche.

Avant le Code, Toubeau formulait cette opinion en termes forts clairs, et dont la reproduction est utile :

« *Je crois devoir dire qu'une lettre de change doit être bien acquittée entre les mains de celui qui la présente, à moins qu'il n'ait esté auparavant signifié à celui qui la doit acquitter qu'elle est égarée ou perdue, et fait deffense de l'acquitter entre les mains d'autres personnes;* auquel cas celui sur qui elle est tirée doit user de précaution; *mais à moins de quoi aussy celuy qui la présente est toujours réputé le véritable créancier*, n'étant pas du fait d'un banquier ou d'un marchand que de connoître seulement l'écriture de son correspondant, et non pas de connoître celuy entre les mains de qui il doit payer, qui, au sentiment de Jousse, n'est pas même obligé de se faire connoître, à moins que par la lettre il ne soit spécifié qu'il le fera, qu'il donnera connoissance des signes, marques et autres choses semblables. » (Pag. 245 et 246.)

Au surplus, si des doutes étaient permis sous l'ordonnance de 1673, ils doivent disparaître en présence du Code de commerce rapproché de la discussion qui l'a précédé.

La législation commerciale, prévoyant le cas où la lettre a été perdue, a veillé aux droits du propriétaire. Ainsi que nous venons de le dire, il peut se procurer un second exemplaire et poursuivre le payement, en suivant les formalités expliquées par les art. 150 et suivants. Il peut, en outre, empêcher qu'à son préjudice le tiré ne vide ses mains. Pour cela l'art. 149 lui enjoint de former une opposition conservatoire de ses droits. S'il n'use pas de cette faculté, s'il laisse le détenteur des fonds dans l'ignorance de sa position, celui-ci doit nécessairement payer, car ce même art. 149 déclare : « Il n'est admis d'opposition au payement qu'en cas de perte de la lettre de change ou de la faillite du porteur. » Après avoir ainsi fait du payement un devoir pour le tiré, la loi ne pouvait l'en rendre responsable : aussi l'art. 145 fait-il une juste application de ces règles, en disant : « Celui qui paye une lettre de change à son échéance et *sans opposition est présumé valablement libéré.* »

Il résulte donc bien clairement de cette disposition placée en regard de l'art. 149 *que s'il n'y a pas d'opposition*, c'est-à-dire que, si le porteur n'avertit pas légalement le tiré de la perte du titre, la libération devra être considérée comme effectuée.

Il ne faut pas tirer pourtant de ces paroles un sens trop absolu. Le Code ne veut pas accorder une prime à la mauvaise foi : il crée une *présomption* favorable à celui qui paye sans opposition; mais si les circonstances du

fait témoignaient de la connaissance que le débiteur aurait eue de la perte de la lettre ou de son altération, les juges, appréciateurs suprêmes de ces circonstances, feraient cesser la présomption devant la preuve contraire, et annuleraient un payement résultat d'une collusion.

C'est ce qui ressort jusqu'à l'évidence de la discussion du conseil d'État.

La commission de ce conseil, se rangeant au principe du droit civil, avait formulé un article conçu en ces termes : *Une lettre de change n'est valablement payée que sur l'acquit de celui au profit duquel est passé le dernier ordre.* Puis, éclairée sur ses inconvénients, elle s'empara du système contraire. C'est en cet état que la question se présenta au conseil d'État, dont voici les débats.

M. Beugnot dit : « Cet article tranche une question fort controversée, celle de savoir si le débiteur qui a payé sur un faux acquit, sans avoir été prévenu en temps utile de la perte ou du vol de la lettre de change, doit payer deux fois.

» On trouve des auteurs et même des décrets opposés sur la question, et les autorités consultées sur le Code s'accordent en ce point à demander qu'elle soit résolue, mais ne prennent point l'initiative de la solution.

» La section s'est déterminée contre le payeur, mais je demande si elle ne l'a pas rendu gratuitement victime de la faute ou de la négligence des endosseurs, peut-être même d'une fraude machinée contre lui.

» En principe, c'est à l'instant que la lettre de change a été adirée ou volée, qu'elle a été perdue pour le réclamant, *res perit domino;* et cela est fort juste; car toutes les présomptions sont contre sa négligence ou son inattention.

» En fait, le payeur n'a ni les moyens ni la possibilité de s'assurer de la vérité des signatures mises au dos d'une lettre de change, ni de l'identité de la dernière signature et du porteur qui la lui présente.

» Or, ici, la mesure de ce qu'il peut est la mesure de ce qu'il doit.

» Son obligation rigoureuse est donc de connaître la signature du tireur, et son acceptation, si la lettre a été acceptée;

» Ses risques, de payer deux fois s'il s'est mépris sur la signature du tireur ou sur la sienne.

» On ne peut pas étendre ces risques plus loin.

» Quelle action peut intenter le réclamant? une plainte en vol : et contre qui? contre ceux qui l'ont volé. Mais dans cette poursuite le payeur ne peut jouer qu'un rôle de témoin; et n'est-il pas bizarre que celui qui ne joue qu'un rôle de témoin dans une poursuite criminelle paye cependant les réparations civiles?

» Je sais qu'on va me répondre que l'usage adoucit ce que la règle a de rigoureux; que les banquiers ne payent que sur des acquits de gens connus. Ce pouvoir discrétionnel, entre les mains d'hommes recommandables, est bien placé; mais on ne peut pas s'y confier, parce que l'abus est tout près, et qu'on ne veut pas sans doute, rendre les banquiers arbitres du payement ou du refus des lettres qu'ils ont acceptées.

» Je finis par cette considération qui me semble de toute justice :

» C'est à celui qui s'est laissé voler, qui a adiré, qui a confié à des mains suspectes une lettre de change, à en prévenir le payement par une opposition. Il le doit, il le peut faire.

» Le payeur, à qui ces circonstances sont inconnues, ne peut rien de tel : il ne le doit donc pas, et il suffit qu'il ait payé une lettre de change sans opposition pour être libéré.

» Je propose donc de substituer à l'art. 152 celui-ci :

» *Celui qui paye une lettre de change à son échéance et sans opposition est valablement libéré.* »

« M. Bégouen dit que la section n'a réellement arrêté aucune rédaction. La commission, dans son dernier projet, avait admis le système de M. Beugnot; la section a présenté l'ancienne rédaction, afin d'engager la question.

» Tel est l'état des choses. »

« M. Crettet pense qu'on doit écarter d'abord le cas du faux par endossement. Il a été reconnu qu'il est impossible d'en rendre le payeur responsable, puisqu'il lui est impossible de le vérifier.

» Ainsi dégagée, la question devient plus simple. Elle se réduit à savoir si le payement fait sur un faux acquit du dernier porteur est valable.

» Dans la jurisprudence du tribunal de commerce de Paris, on ne regarde pas le payeur comme libéré, par la raison assez extraordinaire que le faux ne peut produire aucun effet, ni par conséquent aucune libération.

» Il serait à désirer que jamais les juges de commerce ne s'érigeassent en jurisconsultes. Comment établir une règle fixe là où les circonstances sont nécessairement très-variées? Aussi la cour d'appel de Paris a-t-elle proscrit la doctrine du tribunal de commerce.

» Si l'on décide indéfiniment que le payement libère, on ouvre un moyen de fraude;

en supposant qu'on parvienne à enlever la lettre de change, il suffira au payeur d'y faire mettre un faux acquit pour se trouver quitte.

» Si l'on statue que le faux ne libère jamais, on expose le payeur aux surprises. Par exemple, si le voleur de la lettre de change la présente lui-même, le payeur serait dupe, quoique de bonne foi, quoiqu'on ne lui doive pas imputer le fait du dernier porteur, qui s'est laissé voler.

» Il faut donc abandonner ces questions aux juges, afin qu'ils prononcent d'après les circonstances. »

» M. L'ARCHICHANCELIER adopte l'opinion de *M. Crettet;* il lui paraît trop rigoureux de rendre le payeur indéfiniment responsable. On pourrait établir qu'il est légalement libéré, s'il paye à l'époque de l'échéance, sauf les circonstances particulières, dont les tribunaux demeureraient juges. »

« M. DEFERMON est frappé de l'inconvénient de dépouiller une personne de sa propriété, dans une circonstance qu'elle n'a pu empêcher. On ne charge pas les lettres de change; si cependant elle se trouvait volée à la poste, est-il juste de faire porter sur le propriétaire les risques de cet accident? Il faudrait obliger le porteur à se présenter en personne, ou que du moins le payeur ne fût libéré que quand il peut justifier de sa bonne foi, et qu'il a payé à une personne connue.

» On objectera que ce serait trop exiger des banquiers.

» Qu'ils prennent leurs précautions: s'ils ont une correspondance considérable; elle ne saurait l'être plus que celle du trésor public.

» On doit même établir des règles particulières pour la lettre de change à vue, payée sur faux acquit. Il est possible, en effet, qu'on vienne de la voler à son véritable propriétaire un instant avant qu'on la présente.»

« M. BÉRENGER dit qu'on donnerait une fausse direction à la loi, si, par la crainte que l'accepteur ni fît un faux payement, on lui donnait la facilité de ne pas payer; qu'il faut donc pourvoir, avant tout, à ce que les lettres de change soient payées à leur échéance.

» On insiste trop sur des inconvénients qui sont inhérents à la nature de ce contrat. Ce serait un bien plus grand inconvénient de refuser le vrai créancier, et de donner lieu mal à propos à un protêt. Que, par exemple, une personne arrive à Berlin avec des lettres de change tirées de Paris. On ne la connaît pas : doit-il en résulter qu'on puisse ne pas la payer, et l'obliger à faire un protêt qui déshonorera un banquier honnête?

» Certes, l'accident rare qui fait payer à un voleur le montant d'une lettre de change, aura toujours des conséquences moins funestes que la loi qui, pour le prévenir, permettrait de ne pas payer au jour de l'échéance. Cet événement du vol d'une lettre de change est entièrement semblable à celui du vol d'un billet de banque. Rien cependant n'arrête le payement de celui-ci.

» Il suffit donc de laisser au porteur un recours contre le payeur, en cas de collusion ou de négligence de la part de ce dernier; mais ce n'est là qu'une exception. La règle générale doit être que l'accepteur paye à tout porteur de la lettre de change qui signe son acquit. On détruit tout l'effet des lettres de change et tous leurs avantages, si, pour en obtenir le payement, le porteur est forcé de faire intervenir des juges et des notaires. Cependant, du moment qu'on établira des précautions, on arrivera infailliblement à créer une procédure; car l'ordre n'indique que le nom du porteur et ne donne point d'indices sur sa signature. »

« M. BERLIER dit qu'il n'insistera point sur les excellentes raisons qui ont été données pour établir la juste libération de celui qui a payé *à l'échéance* et *sans opposition*. Il est évident que, hors ce système, il n'y aurait qu'entraves dans le payement et préjudice pour le commerce. » (M. LOCRÉ, *Législation commerciale*, t. XVIII, p. 66 et suiv.)

C'est après ces lumineuses explications que la proposition de M. Beugnot a été adoptée avec l'amendement qui ne considère la libération que comme *présumée*, et qu'elle est devenue l'art. 145 du Code de commerce.

De la fausse signature des endosseurs.

1. Que décider lorsque, au lieu d'un faux acquit, c'est un faux ordre qui a dépouillé le propriétaire réel de la lettre de change?

Cette difficulté est analogue à celle que nous venons d'examiner. Que le propriétaire soit dépouillé sur l'acquit du faussaire ou sur l'acquit des cessionnaires de ce dernier, le droit est le même, et les principes posés ci-dessus me font déclarer de nouveau que le tiré est valablement libéré par un payement de bonne foi, fait au cessionnaire ou propriétaire apparent.

(*Le Consultant.*)

XXII.

Droit commercial.

BILLET A ORDRE. — VALEUR FOURNIE.

Quels sont la nature et les effets des billets à ordre qui n'énoncent pas soit que la valeur en a été fournie au souscripteur, soit la manière dont elle l'a été?

PAR M. THIERIET, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE STRASBOURG.

Cette question a été traitée, au sujet des lettres de change, dans un article inséré au tome 1er de la *Revue des Revues de droit* pages 30 et suivantes où nous avons annoncé que nous l'examinerions ensuite à l'égard des billets à ordre.

Nous avons réduit ce qui concerne les lettres de change aux trois propositions suivantes :

1° L'énonciation de la valeur fournie est une condition essentielle sans laquelle la prétendue lettre de change ne vaut que procuration au preneur, avec cette distinction que si le souscripteur a reconnu avoir reçu une valeur, sans ajouter comment, il doit en faire état à son mandataire.

2° On ne peut suppléer à l'omission des énonciations dont il s'agit, par des preuves extrinsèques, à l'égard des tiers-porteurs.

Et 3° la lettre imparfaite, à cause de cette omission, est susceptible d'acquérir son complément et sa perfection par l'effet d'un endossement régulier.

Les motifs que nous avons rapportés ont fait exiger la même condition pour les billets à ordre (Code de comm., art. 188). Mais la même théorie n'y est point applicable, du moins en grande partie, à raison de la nature particulière de cette espèce d'effet et des différences essentielles qui le distinguent de la lettre de change.

La jurisprudence a fixé la solution de la plupart des questions relatives en ce point aux billets à ordre; néanmoins, il ne sera pas sans utilité de réduire en principes les motifs de décision, parallèlement à la doctrine établie au sujet des lettres de change.

D'abord le billet à ordre n'est pas susceptible de dégénérer en procuration, car le souscripteur qui s'oblige à payer lui-même, ne saurait donner un mandat d'après lequel il payerait à son mandataire qui n'est que son organe, c'est-à-dire, se payerait lui-même; ce qui serait sans objet et par conséquent absurde.

D'un autre côté, comme le souscripteur se reconnaît débiteur et s'oblige à payer, cette obligation ne peut être sans effet; car elle réunit les conditions essentielles des obligations selon le droit commun, et manque seulement d'une condition particulière du billet à ordre.

D'après cela, l'effet ne sera donc pas un billet à ordre, mais un simple billet ou une promesse.

C'est ce que la cour de cassation a décidé, par arrêt du 6 août 1811, dans les termes suivants (Journ. des Aud., par Denevers; 1811, 1re partie, p. 397 et s.):

« Attendu que la cour impériale de Bruxelles, en » jugeant qu'un billet portant la cause *à ordre,* mais

» qui n'énonçait aucune valeur pour laquelle il avait » été fait, n'a pas le caractère voulu par la loi, pour » attribuer aux tribunaux de commerce la connais- » sance de l'action en payement de ce billet; *que ce* » *billet est une simple promesse* dont l'action en » payement appartient aux tribunaux civils, loin de » violer ou faussement appliquer les art. 188, 636 et » 637 du Code de commerce, en a fait une juste ap- » plication. »

La même décision a encore été rendue par arrêt de la cour royale de Riom, du 6 mai 1817 (Dalloz, 1822, 2e part., p. 170 et 171), dans lequel il est dit :

« Que lorsqu'un billet (quoique portant les mots *à* » *ordre*) est incomplet, parce qu'il ne contient pas » tout ce qu'exige l'art. 188 du Code de commerce, » *il n'est plus qu'un billet simple* emportant une » action civile ordinaire, étrangère aux tribunaux de » commerce. »

Cette décision a encore été consacrée en termes identiques, par arrêt de la cour royale de Rouen du 20 juin 1822 (Dalloz, 1822, 2e partie, p. 171, note).

La cour royale de Bourges a également jugé par arrêt du 12 février 1825 (Dalloz, 1826, 2e part., p. 124 et 125), qu'à la vérité un billet à ordre, qui n'énonce pas la valeur fournie, perd la valeur que la loi a attachée à cet effet lorsqu'il est revêtu de toutes les formalités qu'elle a prescrites; que le débiteur ne peut être traduit au tribunal de commerce, qu'il ne peut plus être condamné par corps; mais que son obligation n'en subsiste pas moins, que la voie ordinaire est ouverte contre lui, et qu'alors aux termes de l'article 1132 du Code civil, l'obligation n'en est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée.

Il faut ajouter à ces quatre arrêts, un arrêt de la cour impériale de Bruxelles, du 18 juillet 1810 (Sirey, t. II, 2e part., p. 62).

La cour impériale de Liége, par arrêt du 4 avril 1813 (Sirey, t. XIV, 2e partie, p. 183), a décidé aussi, par la même raison, que les billets dont il s'agit n'entraînent pas la contrainte par corps.

L'auteur des Pandectes françaises est donc tombé en erreur en disant à cet égard (Code de comm., art. 188, t. XIX, p. 366), que le billet n'est pas nul, mais qu'il expose celui qui l'a reçu à l'exception *non numeratæ pecuniæ* et à la nécessité de prouver qu'il a fourni la valeur. En effet, le porteur d'un simple billet est dispensé de cette preuve par l'article 1132 du Code civil, qui porte : « La convention n'en est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée. »

Les deux premiers arrêts cités (des 6 août 1811 et 6 mai 1817) ont été rendus dans des espèces où les billets étaient revêtus de signatures de commerçants qui ont été renvoyés devant les tribunaux civils.

Cependant si le billet dégénéré avait pour objet une opération de commerce, ce qui se présume quand il est signé par un commerçant, il appartiendrait alors à la juridiction commerciale, non comme billet à ordre puisqu'il n'en est pas un, mais en vertu des articles 631, 632 et 638 du Code de commerce qui s'appliquent à toute espèce de billets.

Delvincourt a professé à ce sujet une doctrine inexacte en disant (Instit. du droit commercial, t. II, p. 178) que le billet à ordre n'est pas nul, sauf au créancier à justifier légalement de la cause du billet; ce qui suppose qu'au moyen de cette preuve extrinsèque, le billet serait valable comme billet à ordre; car s'il n'est qu'un simple billet le créancier n'a rien à prouver.

Il résulte de la doctrine établie, qu'il n'y a pas à distinguer, comme pour les lettres de change, entre l'omission de valeur fournie, ou seulement de la nature de la valeur fournie; la décision étant la même dans l'un et l'autre cas.

Le caractère du billet à ordre réduit à une obligation ordinaire, étant ainsi fixé, pour être conséquent, il faut dès lors mettre de côté la loi exceptionnelle et recourir uniquement au droit commun.

Ainsi, il n'y a pas de solidarité légale entre les obligés.

Ensuite le porteur ne peut transmettre son billet que par la voie d'une cession ordinaire, dépourvue des effets privilégiés de l'endossement.

Cette doctrine a été solidement établie par un jugement du tribunal de commerce de Saint-Claude, dont il importe de rapporter les termes :

« Considérant que tout billet à ordre doit énoncer » l'espèce de valeur fournie, à défaut de quoi *il n'y* » *a plus qu'une promesse ordinaire non trans-* » *missible par la voie de l'endossement* ; — Considérant en outre que si l'endossement d'une telle » promesse est lui-même irrégulier par le défaut de » mention de valeur, il ne saurait être un pouvoir » suffisant pour la négocier, comme s'il s'agissait de » lettres de change ou de billets à ordre véritables, » puisqu'en matière de simples billets, on retombe » sous l'empire du droit commun, suivant lequel il » faut pour aliéner un pouvoir spécial *ad hoc*; — Considérant qu'à la vérité, il a été jugé par l'arrêt de » cassation du 20 janvier 1814 (1), qu'une lettre de

(1) *Journ. des aud.*, 1814, 1re partie, p. 237 et s., mais il y a erreur de date et cet arrêt est *réellement* du 9 *février* 1814. V. Dalloz, Rec. alph., vo *Effets de commerce*, p. 566 et 567.

» change causée *valeur en moi-même*, et imparfaite » sous ce rapport, acquiert son complément par le » premier endossement régulier qui y est apposé, » quand même les endossements précédents seraient » irréguliers; mais qu'il n'y a aucune raison d'ana- » logie pour décider à l'égard d'un simple billet, que » le premier endossement régulier dont il est revêtu, » le régularise lui-même et le transforme en véritable » billet à ordre; que la raison de différence se tire de » la nature même des choses, et de la première règle à » consulter en matière d'obligation; à savoir la volonté » des parties; qu'en effet la lettre de change causée » *valeur en moi-même*, au lieu d'être une véritable » lettre de change, même imparfaite, au lieu d'être » un contrat quelconque, n'est autre chose qu'un » simple projet d'engagement qui, dans l'intention » même de celui qui l'a fait, doit devenir un engage- » ment véritable et une lettre de change parfaite » aussitôt qu'il y sera fait un endossement régulier au » profit de quiconque fournira la valeur; tandis qu'au » contraire un billet où l'on n'a point encore énoncé » l'espèce de valeur fournie, s'il n'est pas un billet » à ordre, est néanmoins un engagement parfait dans » son genre, tel que l'a entendu le souscripteur, et » auquel il n'est pas possible à des tiers de ne rien » changer par des endossements postérieurs. »

Ce jugement fut confirmé par arrêt de la cour royale de Besançon, du 24 mars 1821, qui en adopta purement et simplement les motifs.

Mais il y eut pourvoi, et la cour de cassation, en cassant, le 18 janvier 1825, l'arrêt attaqué, a déclaré par là le billet susceptible de transmission par endossement, par l'effet de la volonté des parties (V. Dalloz, 1825, 1re part., p. 49 et suiv.); comme si une convention pouvait déroger à ce qui tient à l'essence d'un acte et à ce qui intéresse les tiers.

Cet arrêt a déclaré que le souscripteur, en signant son billet à ordre, avait pris l'engagement d'en payer la valeur à celui à qui il serait transmis par un endossement, et, dans l'espèce jugée, le souscripteur qui excipait de la nullité des endossements, avait à opposer à son preneur direct et immédiat une exception dont, selon la doctrine de la cour de cassation, il aurait dû être privé envers le porteur du dernier endossement; ce qui est un effet particulier et exceptionnel de l'endossement et non de la cession ordinaire, pour laquelle on dit : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet*. L. 55 ff. *de R. J.*

Cette décision nous semble donc tout à fait contraire aux principes de la matière, et il faut le dire, la cour de cassation, toujours supérieure par l'autorité, est restée inférieure pour la doctrine, au tribunal de commerce et à la cour royale.

Arrivons maintenant à la seconde proposition établie à l'égard de la lettre de change. C'est la seule qui soit commune au billet à ordre dépourvu de l'expression suffisante d'une valeur fournie. Car le billet à ordre, étant négociable tout aussi bien que la lettre de change, doit par conséquent porter en lui-même toutes les preuves de sa validité, et il ne peut être suppléé à son imperfection par des preuves extrinsèques ou prises en dehors du titre.

Enfin si nous avons dit, en troisième lieu, que le vice de la lettre de change qui n'exprime pas valablement la valeur fournie, est réparé par un endossement régulier, il ne peut en être ainsi du prétendu billet à ordre qui est empreint du même vice. C'est que le billet, n'étant plus alors qu'une simple promesse, n'est pas susceptible d'endossement, et que le porteur étant propriétaire ou créancier, et non mandataire, ne peut compléter au nom du souscripteur et de la part de ce dernier, ce qui manque à l'effet.

(*Revue de Législation.*)

XXIII.

Droit Criminel.

QUELS OBJETS SONT COMPRIS SOUS LA DÉNOMINATION D'ARMES?

REVUE DE LA JURISPRUDENCE, PAR MM. AD. CHAUVEAU ET FAUSTIN HÉLIE.

La loi pénale considère l'usage ou même la simple possession d'une arme comme une circonstance aggravante de certains délits. Elle trouve dans cette détention ou cet emploi la

rait, parce qu'il aurait sa doloire sur l'épaule, et un coupeur de bois, parce qu'il aurait sa cognée à la main (1). » Ici, comme dans toutes les questions criminelles, on doit discerner le fait matériel et l'intention; la possession d'un instrument que la loi classe parmi les armes, et l'intention qui a mis cet instrument dans les mains du coupable. Cette distinction serait importante dans le cas même où il en aurait fait usage, puisqu'elle servirait à établir s'il y a eu préméditation.

La loi distingue deux espèces d'armes : les armes dont la seule possession, concomitante avec le délit de voies de fait, forme une circonstance aggravante de ce délit. Les autres qui ne constituent cette aggravation qu'autant que l'auteur du délit s'en est servi pour tuer, blesser ou frapper. La raison de cette distinction est visible : les armes de la première espèce ne sont point d'un usage ordinaire dans les habitudes de la vie, et dès lors le fait seul de s'en trouver muni semble révéler dans l'auteur d'un crime la préméditation de s'en servir. Celui qui est arrêté au sein d'une rébellion avec un fusil, un sabre, un pistolet, est présumé avoir pris ces armes pour en faire usage dans la rébellion. Les armes de la deuxième espèce, les couteaux, les ciseaux, les cannes simples ne sont point, au contraire, à proprement parler, des armes, ce sont des ustensiles d'un usage journalier. Le rebelle, le voleur lui-même peut en être muni sans que cette possession révèle la pensée de s'en servir dans la perpétration du délit, c'est l'usage seul qui peut prouver cette pensée.

Deux questions se sont élevées sur l'application du mot *armes:* on a voulu successivement y comprendre les *bâtons* et les *pierres*.

La première difficulté s'est d'abord révélée sous l'empire de la loi du 13 floréal an XI, qui, ainsi qu'on l'a vu, exceptait du mot *armes* « les cannes ordinaires sans dards ni ferrements. » La cour de cassation a jugé, 1° par arrêt du 15 floréal an XII, « qu'un bâton à massue (terminé par un gros nœud durci au feu) n'est pas une canne ordinaire qui fait seule exception dans la loi, à la prohibition générale de tous instruments contondants. » 2° Par arrêt du 9 juin 1808 : « que cette loi excepte à la vérité les cannes ordinaires sans dards ni ferrements; mais qu'il est néanmoins évident qu'on ne peut assimiler à des cannes ordinaires les bâtons dont les attroupés sont prévenus de s'être servis pour commettre lesdites voies de fait. »

La même cour a encore jugé, sous l'empire de la loi du 19 pluviôse an XIII, qui n'avait fait que reproduire la définition de celle du 13 floréal an XI, 1° par arrêt du 13 août 1807, « que les bâtons entre les mains d'un attroupement séditieux forment des armes qui peuvent être meurtrières; que cette dénomination d'armes embrasse toute espèce d'instruments propres à donner la mort. » 2° Par arrêt du 7 octobre 1808, « qu'un énorme bâton étant une arme qui peut donner la mort, doit être réputé arme. »

Enfin, et sous l'empire du Code pénal, la cour de cassation a décidé, 1° par arrêt du 3 octobre 1817, « qu'un gros bâton, étant un instrument contondant, doit être réputé arme par l'art. 101, C. pén. » 2° Par arrêt du 16 février 1832, « que les bâtons sont des instruments contondants et compris dès lors dans le mot *armes* par l'art. 101, C. pén. »

Telle est la jurisprudence. Il faut, en premier lieu, reconnaître que les bâtons, qui ne sont ni ferrés ni noueux rentrent évidemment dans la classe des cannes simples; il ne peut s'élever à cet égard aucune difficulté. Le bâton est pour l'habitant des campagnes ce que la canne est pour celui des villes, c'est une arme ordinaire, une arme de sûreté, et dont la possession ne peut entraîner aucune présomption défavorable : l'usage seul qu'on en fait devient une circonstance aggravante du délit. La difficulté ne peut donc s'élever qu'à l'égard des bâtons à massue ou à ferrements, quoique la cour de cassation n'ait pas assez posé cette distinction. Et, dans ce cas même, on doit considérer que ces bâtons sont très-fréquemment des ustensiles ordinaires, soit pour la sûreté soit pour la solidité des voyageurs. Leur seule possession n'est donc pas toujours un motif de suspicion; cependant on ne peut nier que, lorsque les bâtons sont ainsi armés de manière à les rendre impropres à un service journalier, il serait difficile de les soustraire à l'application des termes généraux du premier paragraphe de l'art. 101.

La controverse a été plus vive en ce qui concerne les pierres. Plusieurs tribunaux correctionnels et les cours royales de Toulouse et de Montpellier ont déclaré que les pierres n'étaient pas des armes dans le sens de l'art. 101 (2). Mais la cour de cassation a persisté dans l'opinion contraire, qu'attestent les arrêts des 30 novembre 1810, 9 avril 1812, 20 août 1812, 30 avril 1824 et 20 octobre 1831.

---

(1) Commentaire du C. pénal, t. I, p. 281.

(2) *V.* Répertoire, v° *Rébellion*, §3, n°. 16.

Ce dernier arrêt est ainsi conçu : « Attendu, en droit, que les pierres sont au nombre des instruments, machines ou ustensiles perçants, tranchants ou contondants, que l'art. 101, C. pén., comprend au nombre des armes ; que leur jet contre la force armée constitue la rébellion armée ; et que dans ce cas elles sont des armes d'autant plus dangereuses qu'elles atteignent de plus loin, etc... » Cette doctrine est celle de Merlin. « Qu'est-ce qu'un instrument contondant ? disait ce magistrat dans le réquisitoire sur lequel l'arrêt du 20 août 1812 intervint. C'est, suivant le Dictionnaire de l'Académie, au mot *contondant*, un instrument qui perce sans blesser ni couper, mais en faisant des contusions, comme un bâton, une massue ; or une pierre blesse en faisant des contusions, tout aussi bien qu'une massue, tout aussi bien qu'un bâton, mis au nombre des instruments contondants. » Les lois romaines, que nous avons rapportées plus haut, viennent à l'appui de cette opinion.

Cependant elle n'a point entraîné M. Carnot. Ce criminaliste s'exprime ainsi : « La cour de cassation a souvent jugé que des pierres qui ont été lancées sont des armes, et en le jugeant ainsi elle a plutôt consulté l'esprit de la loi que sa lettre ; car des pierres ne sont ni des armes proprement dites, ni des machines, ni des instruments, ni des ustensiles, et ce ne sont que des armes, des instruments, des ustensiles, et des machines que parle l'art. 101. Mais lorsque la lettre de la loi est claire et précise, peut-il être permis de consulter son esprit pour en étendre la disposition, en raisonnant par analogie ? cela ne conduirait-il pas à l'arbitraire ? Lorsque la loi n'a pas eu assez de prévoyance, les lacunes qui s'y font remarquer peuvent être facilement remplies, tandis qu'en autorisant les tribunaux de juger d'après son esprit présumé, c'est les mettre à la place du législateur (1). »

L'une et l'autre de ces deux opinions nous semblent s'être écartées de l'esprit de la loi. D'une part il nous paraît bien difficile de ranger les pierres parmi les instruments contondants ; il eût fallu que le Code s'expliquât plus clairement à cet égard. D'un autre côté, nous admettrions avec la même difficulté que des pierres lancées contre la force armée ne constituassent pas un acte de rébellion armée. A nos yeux, le deuxième paragraphe de l'art. 101 est purement démonstratif ; s'il n'a parlé que des ciseaux, des couteaux de poche et des cannes simples, il est évident qu'on ne pourrait s'empêcher de ranger dans la même catégorie les canifs, poinçons et outils : ces ustensiles ne prennent leur qualité d'armes que dans l'usage qu'on en fait comme armes. Il en doit être de même des pierres. Le jet de ces pierres révèle seul l'intention de l'agent ; c'est un acte qui leur imprime la qualité d'armes. Jusque-là, elles ne pourraient, sans une extension manifeste du vœu de la loi, recevoir cette dénomination.

Nous ne saurions donc admettre, avec l'arrêt du 30 avril 1824, que des pierres doivent être réputées armes, alors même que le prévenu qui en était saisi n'en a fait aucun usage. Car elles diffèrent des armes proprement dites, en ce que le prévenu, qui a pris soin de se munir de celles-ci, peut être présumé avec raison avoir nourri la pensée de s'en servir, tandis que c'est une circonstance accidentelle, une idée subite et non préméditée qui lui met à la main son couteau de poche, des ciseaux, des pierres. Or le seul fait de se saisir d'un objet que le hasard lui présente ne peut entraîner aucune présomption fondée de criminalité : il faut qu'il ait rendu cette intention manifeste en s'en servant.

C'est d'après cette règle que la cour de cassation a jugé, dans une autre espèce, que les couteaux de poche ne sont réputés *armes* et ne forment une circonstance aggravante que lorsqu'il en a été fait usage pour tuer, blesser ou pour frapper, et non quand il n'en a été fait usage que pour menacer ou effrayer sans intention de frapper (2). Cependant cette règle n'a pas toujours été reconnue.

Aux termes du 2e § de l'art. 101, il ne suffit même pas que le prévenu se soit servi de son arme accidentelle, il faut qu'il en ait fait usage pour tuer, blesser ou frapper. Ainsi la loi a pris le soin de définir jusqu'au mode de l'usage qui peut transformer accidentellement un objet en arme. Cependant la cour de cassation n'a pas hésité de décider, par arrêt du 31 juillet 1823, qu'il suffisait qu'il fût déclaré que le prévenu *s'était servi* d'une canne simple pour que la circonstance aggravante du port d'armes vînt compliquer le délit. Une telle décision ne pourrait faire jurisprudence, car elle repose évidemment sur une équivoque. Le prévenu s'est servi de sa canne ; mais n'est-ce pas pour menacer ? Dans ce cas la canne n'est point mise au rang des armes, il n'y a point d'aggravation du délit. A-t-il frappé, au contraire ? Il n'y a plus d'incerti-

(1) Comment. du C. pén., t. I, p. 281.

(2) Arr. du 28 juillet 1813, cité par Bourguignon ; — Jurisp. du C. pén., art. 101.

tude : il était armé, et cette circonstance aggrave son action.

Telle est la théorie de la loi sur cette matière. Une distinction simple et précise en éloigne l'arbitraire : elle sépare et soumet à des règles distinctes les objets qui sont réellement des armes et ceux qui ne revêtent qu'accidentellement ce caractèee. C'est dans cette séparation fondamentale que la plupart des difficultés qui peuvent se présenter sur ce sujet doivent trouver une solution.

(*Journal du droit Criminel.*)

XXIV.

Droit Criminel.

DE L'ACTION CIVILE.

REVUE DE LA JURISPRUDENCE, PAR MM. AD. CHAUVEAU ET FAUSTIN HÉLIE.

L'*action civile* est la faculté de demander en justice la réparation du dommage causé par un délit. Nous n'examinerons dans cet article que les conditions auxquelles l'exercice de cette action est soumis : le mode de cet exercice et ses effets seront l'objet d'un examen particulier aux mots *partie civile* et *dommages-intérêts*.

Il résulte de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle que l'action civile peut être poursuivie, au choix de la partie qui l'exerce, soit devant la juridiction civile, soit devant la juridiction criminelle. Avant de rappeler les règles qui dirigent ou suspendent son exercice devant l'une ou l'autre de ces juridictions, nous poserons d'abord un principe général qui domine cette action sous quelque forme qu'elle soit intentée.

Aux termes de l'art. 1er du Code d'instruction criminelle, l'action en réparation du dommage causé par un délit peut être exercée *par tous ceux qui ont souffert de ce dommage*. Il suit de là que le droit de rendre plainte n'appartient qu'à ceux qui ont été blessés dans leurs intérêts privés. Cette règle, confirmée par l'art. 63 du même Code, qui n'accorde la faculté de rendre plainte qu'à la partie qui se prétend lésée par un délit, avait été formulée avec plus de précision par l'article 94 du Code du 3 brumaire an IV, ainsi conçu : « Pour être admis à rendre plainte, il faut avoir à la fois un *intérêt direct* et un *droit formé* de constater le délit, lorsqu'il existe, et d'en poursuivre la réparation contre le délinquant. » « *Un intérêt direct*, dit Legraverend, qui adopte complétement cette définition (t. I, p. 195, n. éd.), parce que c'est là le caractère distinctif de la plainte, et qu'on ne peut se porter accusateur à raison d'un crime ou d'un délit, si l'on n'a à sa punition qu'un intérêt éloigné et indirect; *un droit formé*, parce qu'il ne suffit pas que le délit ou le crime puisse un jour vous être nuisible, pour que vous soyez admis à rendre plainte : il faut encore que le préjudice soit réel, actuel, et que, dès ce moment, vous en ressentiez les effets. »

Ces règles, qui nous semblent conformes au texte du Code, n'ont pas toujours été appliquées par la cour de cassation. C'est ainsi qu'elle a reconnu le droit d'exercer l'action civile à un individu contre lequel des poursuites avaient été mal à propos dirigées à raison d'un crime, avant que le véritable coupable

de ce crime fût connu (arr. du 19 juillet 1832; *V.* notre art. 910) (1). Or les dommages que cet individu avait pu éprouver ne provenaient point du crime lui-même; ils n'en étaient point le résultat. Sa perpétration ne lui avait causé aucun préjudice. Ce préjudice était né des poursuites légèrement dirigées contre lui; c'est le fait de ces poursuites, le fait, par conséquent, du ministère public seul, qui avait troublé son existence; or ce fait n'était-il pas indépendant de la volonté de l'accusé? ne lui était-il pas étranger? Cet individu rentrait dans la classe de tous les prévenus qui sont acquittés et auxquels peut-être il serait juste d'accorder une indemnité, mais non de la mettre à la charge des condamnés, qui ne doivent supporter que les conséquences directes de leur crime.

Dans une autre circonstance, la cour de cassation a déclaré que quelques pharmaciens d'une ville étaient recevables à exercer l'action civile et à poursuivre dans leur intérêt, soit l'annonce des remèdes secrets, soit la vente des médicaments par des individus sans titre légal (arr. du 1er septembre 1832 : *V.* notre art. 943). Cette jurisprudence n'a point été adoptée par les cours royales (*V.* t. III, p. 316, et IV. p. 212), et nous avions déjà soutenu l'opinion qu'elles ont sanctionnée (*ibid.*). Dans l'espèce, les pharmaciens n'avaient que le droit de dénonciation, et c'était au ministère public à poursuivre d'office, si le fait dénoncé constituait un délit.

Au reste, il est évident que ce serait mal saisir la règle posée par Legraverend, que d'exiger que l'*intérêt* qui fait la base de l'action fût *matériel et appréciable*. Un homme peut être lésé dans ses affections comme dans sa fortune, dans sa réputation comme dans ses propriétés. Son action est légitime, dès que le dommage qu'il a éprouvé est incontestable; et si les dommages-intérêts qu'il réclame ne sont point toujours la réparation d'un mal quelquefois irréparable, ils sont au moins une compensation qui lui est due pour ce qu'il a souffert, et en même temps une sorte de peine infligée à l'auteur du mal. Mais on conçoit que cette action ne doit pas alors être admise avec trop de facilité; car le concours d'une partie civile aux débats aggrave la position de l'accusé qui se trouve en face de deux adversaires et qui doit lutter alors non-seulement contre la sévérité désintéressée du ministère public, mais contre les préventions avides et passionnées d'un accusateur privé. C'est cette importante considération qui doit faire écarter des débats toute partie qui n'allègue pas un dommage direct éprouvé. Mais nous devons ajouter que l'application de ce principe est complétement abandonnée à la sagesse et aux lumières des cours d'assises et des tribunaux correctionnels; la cour de cassation a décidé, en effet, que c'est à ces juridictions à apprécier souverainement si une partie civile a intérêt ou non à intervenir, et que le défaut de cet intérêt ne vicie pas la procédure criminelle dans laquelle elle serait intervenue (arr. du 4 mars 1830 et 19 juillet 1832 : *V.* nos art. 387 et 910).

Cela posé, il convient d'examiner dans quels cas l'action civile peut être portée devant la juridiction criminelle. La première règle à cet égard est que cette juridiction ne peut s'ouvrir pour elle qu'autant qu'elle est déjà saisie de l'action publique relativement au même fait. La raison en est que l'exercice de l'action civile devant les tribunaux criminels est essentiellement subordonné à l'exercice de l'action publique; que l'intérêt de l'ordre social est l'objet principal de la juridiction criminelle, tandis que les intérêts privés n'en sont que l'objet accidentel et accessoire (arr. de cass., 22 juillet 1831 : *V.* t. III, p. 235). Ainsi, on ne pourrait mettre en cause une personne responsable d'un délit, sans citer l'auteur même de ce délit (arr. de cass., 31 janvier 1833 : *V.* notre art. 1109; et arr. de Douai, 31 août 1832, *ibid.*, art. 995). Ainsi, le tribunal ne pourrait prononcer une peine sur la plainte de la partie lésée, sans avoir entendu le ministère public, directeur de l'action publique (arr. de cass. 16 janvier 1806). C'est encore par suite du même principe que la partie civile n'a pas le droit de se pourvoir contre un arrêt d'accusation qui déclare n'y avoir lieu à suivre et que le ministère public n'a pas attaqué (arr. de cass., 28 juin 1822 et 22 juillet 1831 : *V.* notre art. 692).

Toutefois il faut reconnaître que ce principe n'est point aussi absolu que la jurisprudence de la cour de cassation semble vouloir l'établir. En effet, d'une part, l'article 135 du Code d'instruction criminelle attribue à la partie civile le droit de former opposition à l'ordonnance qui déclare n'y avoir lieu à suivre contre le prévenu, alors même que le ministère public acquiesce à cette ordonnance; et d'un autre côté, le droit de citation directe attribue réellement à la partie civile le pouvoir de disposer, en matière correctionnelle, et de l'action civile et de l'action publique, puisque, d'après la jurisprudence même de la cour de cassation, le tribunal correctionnel est tenu de statuer sur la peine due au délit, quelles que soient les conclusions du ministère public (arr. de cass., 27 juin 1811; Legraverend, t. 1, p. 58).

(1) Les auteurs renvoient à leur *Journal de Droit Criminel.*

Du principe qui vient d'être posé il résulte, comme un corollaire, que l'action civile doit prendre sa source dans un fait qualifié *délit* par la loi; et, en effet, point de délit, point d'action publique. C'est par ce motif qu'il a été reconnu que le fait d'un créancier qui refuse quittance d'une somme qu'il a reçue, ne constituant ni crime ni délit, est de la compétence exclusive des tribunaux civils (arr. de cass., 29 août 1806). Il en est de même lorsqu'à la suite de la rupture d'un projet de mariage, la future n'a pas restitué tous les présents qui lui avaient été remis en considération du mariage : la rétention de ces objets ne peut donner lieu qu'à une action civile (arr. cass., 30 janvier 1829 : *V.* notre art. 144). Il en est de même encore du détournement momentané d'une somme confiée à un mandataire, puisqu'il n'y a délit d'abus de confiance qu'autant que ce mandataire est mis en demeure de la restituer (*V. suprà*, p. 98).

Une conséquence de la même règle est que, si le fait d'où dérive le dommage est différent de celui qui constitue le délit, l'action civile ne peut concourir avec l'action publique. Il existe un exemple très-remarquable de cette maxime. L'habitude d'usure, que la loi a rangée dans la classe des délits, est un fait moral et complexe qui ne peut résulter que de l'ensemble de plusieurs faits particuliers. Or ces faits particuliers, éléments du délit, n'en ont point eux-mêmes le caractère lorsqu'ils sont considérés séparément. Il suit de là que les tribunaux correctionnels, qui ne peuvent connaître des réparations civiles que lorsqu'ils y statuent accessoirement à un délit, sont sans attribution pour prononcer sur la réparation civile à laquelle un fait particulier peut donner lieu; et comme ce n'est que par des faits particuliers qu'il peut y avoir eu dommage ou préjudice, il s'ensuit que la partie lésée par un ou plusieurs faits d'usure ne peut, dans tous les cas, porter son action que devant les tribunaux civils (arr. de cass., 3 février 1809; Bull. n° 23).

De là, et par une déduction rigoureuse, on serait amené à conclure que, lorsqu'en matière criminelle l'accusé est déclaré non coupable, ou que le fait est reconnu ne constituer ni crime ni délit, la cour d'assises devrait cesser d'être compétente pour statuer sur les réparations civiles. Alors, en effet, l'action publique cesse d'exister et l'accessoire doit suivre le sort du principal. Cette conséquence est tellement exacte que, dans la discussion du projet de Code criminel, elle fut l'objet d'une proposition de M. Berlier, qui fit observer que la demande en dommages-intérêts devait être, une fois l'acquittement prononcé, la matière d'une instance nouvelle, puisqu'elle n'était relative qu'à des intérêts civils dont les tribunaux civils devaient seuls connaître. Mais cet amendement fut repoussé sur l'observation de M. Cambacérès qu'il était plus simple de faire statuer dans tous les cas par la cour d'assises, puisqu'elle connaissait déjà l'affaire (Disc. du cons. d'Ét., Locré, t. XXV, p. 574). « La nature des choses, ajoutait M. Treilhard, réclame cette exception aux principes qui règlent la compétence : la cour criminelle a sous les yeux l'affaire tout entière; il est plus simple de la lui laisser juger en entier que d'en renvoyer une partie devant un tribunal civil. » (*Ibid.* t. XXIV, p. 336).

Il n'est pas, au surplus, sans intérêt de remarquer que dans tout procès où figure une partie civile, il y a obligation pour les juges de statuer sur l'action civile : et si la partie elle-même a cité directement, il ne suffit pas qu'ils reconnaissent le délit et le punissent, car l'existence de ce délit n'est qu'un moyen de preuve du préjudice causé, et les conclusions prises pour la réparation de ce préjudice forment toujours la demande principale. Les tribunaux sont les appréciateurs souverains de l'atteinte portée aux intérêts du plaignant et de la réparation qui peut lui être due; ils peuvent rejeter ses demandes, mais ils doivent y statuer, ou cette omission entraînerait l'annulation du jugement, conformément à l'art. 408 du Code d'instruction criminelle (arr. de cass., 11 juillet 1823).

Au reste, la juridiction criminelle n'est que facultative pour la partie civile : son action peut être poursuivie séparément; mais, dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile (art. 3 du Code d'inst. cr.).

Il suit de là d'abord qu'il n'y a lieu de surseoir qu'autant que l'action publique est engagée. Or la plainte du ministère public suffit-elle pour engager cette action? Il faut répondre affirmativement. Cette plainte est le titre fondamental de l'action publique qui existe par le seul fait de la plainte, soit qu'il y ait ou non mandat contre les prévenus. Ce point a été formellement reconnu dans une instance de faillite pendant laquelle le procureur du roi avait rendu plainte en banqueroute contre les défendeurs. La cour de Paris avait refusé de surseoir, parce que cette plainte n'avait été suivie d'aucun mandat : cet arrêt fut cassé, attendu que, dès le moment où la plainte avait existé, il y avait eu action publique, dont l'effet nécessaire était de suspendre l'action civile (arr. du 18 novembre 1812).

Mais il n'y aurait pas lieu de surseoir, 1° s'il

n'y avait eu qu'une plainte de la partie lésée, restée sans poursuites de la part du ministère public. Car une plainte émanée d'un particulier ne suffit pas pour engager une action qui ne peut être exercée qu'au nom du souverain et par les fonctionnaires spécialement établis à cet effet (arr. de cass., 10 avril 1810); 2° si le ministère public n'exerçait aucunes poursuites; en effet, l'art. 3 suppose que l'action publique est engagée (arr.. de cass.. 26 juin 1813); 3° si l'action civile et l'action publique, quoique résultant du même fait, n'étaient pas dirigées contre la même personne (arr. de cass., 7 janvier 1813); 4° enfin, si le tribunal correctionnel n'avait été saisi que par la citation directe de la partie civile (arr. cass., de 15 juin 1829). Toutefois, lorsque, sur une plainte de cette partie, il est intervenu une ordonnance de non-lieu, à laquelle elle a formé opposition, le tribunal doit surseoir jusqu'au jugement de cette opposition. Vainement dirait-on que le ministère public s'étant abstenu, il n'y a plus d'action publique, que l'opposition n'est qu'un acte privé; cette opposition peut avoir pour effet l'application d'une peine, et par conséquent la décision de la question préjudicielle du délit; dès lors il y a nécessairement lieu au sursis (arr. de Paris, 16 sept. 1829).

La partie lésée a l'option, ainsi qu'on l'a déjà dit, entre la juridiction civile et la juridiction criminelle pour y porter son action; mais une fois que l'une de ces juridictions a été saisie, elle est non recevable à se présenter devant l'autre. Cette règle, qui se fonde sur ce qu'il y a chose jugée, résulte de l'art. 2 du tit. XVI de l'ord. de 1667, ainsi conçu : « Celui qui aura été dépossédé par violence et voie de fait pourra demander la réintégrande par action civile ordinaire ou extraordinairement par action criminelle. — Et s'il a choisi l'une de ces actions, il ne pourra se servir de l'autre, si ce n'est qu'en prononçant sur l'extraordinaire on lui eût réservé l'action civile. » La jurisprudence a constamment maintenu cette règle. C'est ainsi qu'il a été décidé que la plainte en escroquerie est non recevable, si les objets escroqués ont déjà été revendiqués par la voie civile (arr. de cass., 21 frimaire an XI et 9 vendémiaire an X); et, réciproquement, que la partie qui a introduit des poursuites criminelles pour un vol ne peut exercer en même temps une action en dommages-intérêts devant les tribunaux civils (arr. de cass., 22 messidor an VII et 11 février 1832. *V.* notre art. 820).

Mais cette règle n'est applicable qu'autant que les deux actions ont été exercées *pour le même fait;* ainsi, lorsque la circonstance caractéristique du délit ne s'est fait connaître qu'après que les tribunaux civils étaient saisis, par exemple si le demandeur avait formé une action en restitution d'un dépôt, et qu'il n'eût connu qu'ensuite le fait de la violation de ce dépôt, il serait recevable à porter son action devant le tribunal correctionnel; car, dans ce cas, il n'a pas été libre de choisir, et ce n'est pas d'ailleurs du fait de la violation d'un dépôt dont il avait demandé civilement la réparation. La voie civile ne peut exclure la voie criminelle qu'autant qu'elle a été prise avec choix et connaissance de cause (Merlin, t. III, p. 416). Ainsi celui qui aurait formé au civil contre son mandataire une demande en restitution de titres, est recevable à former ensuite une plainte en destruction de ces titres, s'il avait ignoré cette destruction (Carnot, Comment. sur l'art. 3).

Mais cette règle est-elle applicable, et y a-t-il chose jugée, quand, sur la plainte de la partie, une ordonnance de non-lieu est intervenue? La partie lésée peut-elle néanmoins intenter une action civile devant les tribunaux civils? Il est évident qu'une ordonnance de la chambre du conseil, et même un arrêt de la chambre d'accusation, portant qu'il n'y a lieu à suivre, n'ont pas l'effet de la chose jugée à l'égard du fait dommageable pour lequel il y a eu plainte; car il ne résulte pas de cette ordonnance ou de cet arrêt qu'il n'y a pas délit, mais seulement que le fait n'est pas suffisamment constaté. La partie lésée peut donc intenter, nonobstant ces actes, son action civile (Legraverend, t. I, p. 60; arr. de cass., 18 avril 1812, et Bruxelles, 3 mars 1814). Il est sans doute inutile de remarquer que si le tribunal de répression s'était déclaré incompétent, l'action civile serait nécessairement réservée; c'est ce que la cour de cassation a jugé par arrêt du 21 novembre 1825.

Ce qui précède nous conduit à examiner l'une des plus graves questions du droit criminel, à savoir, quelle influence doit exercer sur le jugement de l'action civile la décision rendue sur l'action publique.

Les preuves acquises dans une procédure civile, et même le jugement définitif, ne doivent avoir aucune influence sur le jugement criminel. La raison en est que le jugement civil n'a pas été rendu contradictoirement avec le ministère public, et que l'autorité de la chose jugée ne peut être invoquée que lorsque les jugements ont été rendus entre les mêmes parties (art. 1351 du Code civ.). On peut ajouter, avec Toullier (Droit civil, t. VIII, p. 37), que l'action publique et l'action civile ont toujours un objet différent : l'objet de l'une est la vindicte publique et l'application de la peine; l'objet de l'autre, la réparation d'un dommage privé (arr. de cass., 18 nivôse an XII. — Merlin, v° *Chose jugée*, § 15).

Mais les tribunaux civils sont-ils liés par les jugements rendus en matière criminelle? La question peut se présenter dans deux hypothèses distinctes : ou la juridiction criminelle a prononcé l'acquittement du prévenu ou sa condamnation. Dans le cas de l'acquittement, la solution offre peu de difficultés. En effet, d'après les art. 337 et 345 du Code d'instruction criminelle, la déclaration de non-culpabilité laisse toujours incertaine la question de savoir si le jury l'a rendue parce que le crime ne lui a pas paru constant, ou parce que l'accusé ne lui a pas paru convaincu de l'avoir commis. Or l'autorité de la chose jugée, remarque M. Toullier (*ibid.*), n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement. C'est d'après ce motif que l'art. 358 autorise la cour d'assises à prononcer des dommages-intérêts contre l'accusé qui vient d'être déclaré non coupable. Ainsi, en matière de faux, il ne résulte pas de l'acquittement que le billet fabriqué soit vrai, mais seulement que l'accusé n'en a point été reconnu coupable. Or, de ce qu'il n'est point faussaire, s'ensuit-il qu'il doive obtenir le payement du billet argué de faux? Nullement, parce que autre chose est qu'il ne puisse être condamné pour crime de faux, autre chose est qu'on doive lui payer le montant du billet. Le seul effet de la chose jugée est que cet accusé ne peut être remis en jugement à raison du même crime; conclure de là que, sous le rapport de l'intérêt pécuniaire, le billet doit être réputé vrai, ce serait fouler aux pieds la maxime *Res inter alios judicata aliis nocere non potest*. La cour de cassation a reconnu ce principe dans un arrêt de 21 messidor an IX, rendu sur les conclusions de M. Merlin (*Questions de droit*, v° *Faux*, § 6). Cependant Legraverend (t. I, p. 60) dit : « Dans le cas d'acquittement, l'influence est nécessaire, car point de délit, point d'action civile à raison du délit; le jugement qui proclame l'innocence du prévenu a l'autorité de la chose jugée en sa faveur à l'égard de tous. » Oui, quant à l'action criminelle, objet de ce jugement; mais non à l'égard de l'action civile qui n'y a point figuré. Et en effet, en supposant même qu'il résulte du jugement criminel l'absence du délit, ce jugement ne fait aucun obstacle à ce qu'il y ait quasi-délit ou fait dommageable (arr. de cass., 25 juin 1822).

Mais la question devient plus grave s'il est émané de la juridiction criminelle une déclaration de culpabilité. Les juges civils devant lesquels la partie lésée porte son action, sont-ils enchaînés par cette déclaration? Sont-ils tenus de lui allouer des dommages-intérêts sans autres preuves? Merlin (v° *Non bis in idem*, t. XV, p. 490) a soutenu l'affirmative en disant : « Le criminel emporte le civil. L'action civile doit réussir si l'action publique, qui lui est préjudicielle, réussit, et échouer si l'action publique échoue; par conséquent, le jugement sur l'action publique reçoit à l'action civile une application nécessaire et forcée. » Mais cette opinion a été vivement contestée. Toullier (Droit civil, t. VIII, p. 59) s'est appuyé pour la combattre sur l'art. 1351 du Code civil, d'après lequel l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre les mêmes parties, et lorsque l'objet de la demande est le même : la loi n'a pas fait d'exception pour les jugements criminels. Ensuite il est possible que depuis le jugement le condamné ait acquis des preuves de son innocence, qu'il soit en état de prouver que le délit a été commis par une autre personne, ou que des témoins entendus contre lui ont porté un faux témoignage. Comment lui ravir le droit de se défendre quand il s'agit pour lui d'une condamnation nouvelle? Au surplus, cette controverse, qu'il serait trop long de reproduire ici, se réduit à ce point que l'influence que le jugement criminel doit exercer sur le jugement de l'action civile, est *nécessaire*, suivant Merlin, et seulement *facultative*, suivant Toullier. Nous pensons, avec ce dernier jurisconsulte, que les juges civils ne sont pas enchaînés par ce jugement, mais *peuvent* seulement y avoir égard.

Il reste à rappeler une décision récente sur la prescription de l'action civile. Aux termes des art. 637 et 638 du Code d'instruction criminelle, cette action se prescrit, soit par trois années, soit par dix années révolues, suivant qu'il s'agit d'un délit ou d'un crime; mais la loi ajoute, *si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ni de poursuite*, et si le 2e § de l'art. 637 ne fait courir la prescription qu'à compter du dernier acte, c'est seulement dans le cas où ces actes d'instruction n'ont pas été *suivis de jugement*. Si donc il y a eu jugement au criminel et condamnation, la partie lésée est-elle admissible à poursuivre son action, même après trois ou dix ans révolus? La cour de Nîmes vient de décider l'affirmative par arrêt du 27 mars 1833, en se fondant sur ce que les art. 637 et 638 n'ont prévu que le cas où il n'était intervenu aucune condamnation dans les délais, et qu'il est impossible de mettre un individu, déclaré coupable d'un crime ou d'un délit, dans une position plus favorable à l'égard de la partie civile, que celui qui n'a causé qu'un préjudice involontaire, et qui ne pourrait se soustraire à l'action civile que par l'effet de la prescription établie par le Code civil.

(*Journal du droit criminel.*)

XXV.

Droit Criminel.

DE L'ACTION PUBLIQUE (1).

REVUE DE LA JURISPRUDENCE, PAR MM. AD. CHAUVEAU ET FAUSTIN HÉLIE.

Le but essentiel et direct de la justice pénale est le rétablissement de l'ordre social lésé ou troublé dans l'un de ses éléments par un délit; cette réparation a lieu par l'application d'une peine: l'action publique a pour but cette application.

L'art. 4 du Code des délits et des peines (du 3 brumaire an IV) portait que tout délit donnait ouverture à l'action publique. Le Code d'instruction criminelle n'a point renouvelé cette disposition; il s'est borné à dire qu'elle n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. Il suit de là que ces fonctionnaires ne sont pas tenus de poursuivre indistinctement tous les délits.

Mais quelle règle doivent suivre les officiers du ministère public dans les poursuites qu'ils exercent? La loi ne l'a point tracée; elle a laissé à leur conscience, à leurs lumières, d'exercer l'action publique toutes les fois que l'ordre social est troublé par le délit d'une manière sensible. « Cependant, remarque Legraverend, l'exercice de cette action n'est point abandonné à l'arbitraire des magistrats; il ne peut pas dépendre d'eux de laisser sans poursuite un fait quelconque qui présente ou peut présenter les caractères du crime. Ils manqueraient à leurs devoirs en négligeant de poursuivre les auteurs des délits et même des contraventions, lorsque ces délits ou ces contraventions blessent les intérêts de l'État, lorsque la tranquillité ou la morale publique peuvent en souffrir, lorsque des exemples sont nécessaires pour contenir ou réprimer des habitudes dangereuses. Mais lorsque les délits sont légers, lorsque les contraventions résultent de circonstances peu importantes et, pour ainsi dire, personnelles au délinquant et à celui contre lequel le fait a eu lieu, il serait, en général, contraire aux intentions du législateur d'instruire d'office en pareil cas des procédures qui seraient sans objet et qui n'auraient habituellement d'autre résultat que de grever le trésor public (2). » Cette distinction est également rappelée par M. Bérenger: « L'officier du ministère public, dit ce criminaliste, doit-il toujours être inflexible dans la poursuite des délits? n'est-il point de cas où sa sévérité doive fléchir devant ces considérations d'un ordre supérieur? Ah! sans doute, il connaîtrait peu ses devoirs, celui qui, pressé du besoin de manifester son autorité, s'imposerait la tâche de ne rien laisser d'impuni. Parmi les crimes et les délits, il est

(1) Nous examinerons, dans la suite, sous les mots *appel*, *amende*, *juge d'instruction*, *ministère public*, *question préjudicielle*, *etc.*, diverses questions qui se rattachent accessoirement à l'*action publique*, mais qui ne pouvaient entrer dans le plan et les limites de cet article.

(2) Traité, de législation criminelle, t. I, p. 7.

une distiuction importante à faire, une nuance philosophique à saisir : les uns attentent directement à l'ordre social et à l'humanité ; ceux-là ne méritent point de grâce.... Il en est d'autres qui attentent à la morale publique ou privée d'une manière moins ouverte ; ceux-ci, on ne peut se dispenser de les poursuivre lorsqu'ils sont devenus publics ; mais lorsqu'ils demeurent ignorés, c'est au magistrat à examiner si le scandale qu'occasionnerait un éclat imprudent ne serait pas plus pernicieux que le mal en lui-même (1). »

L'art. 4 du projet du Code d'instruction criminelle était ainsi conçu : « La renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre la poursuite *d'une contravention ou d'un délit, lorsqu'ils sont de nature à blesser l'ordre public.* » — « On a supposé, disait au conseil d'État M. Oudard, pour motiver cette distinction, qu'il est des délits réels dont le ministère public ne doit pas entreprendre la poursuite, lorsque la partie offensée les pardonne : si, par exemple, de proches parents, à la suite d'une querelle, en sont venus à des voies de fait, que l'un d'eux ait été blessé, mais qu'après les premiers mouvements de colère l'agresseur ait reconnu ses torts, l'offensé consenti à les oublier, ira-t-on troubler par une poursuite indiscrète l'harmonie si heureusement rétablie dans une famille? » Mais cette restriction à l'exercice de l'action publique fut retranchée, sur l'observation de M. Defermon que le ministère public ne doit pas être libre de s'arrêter, quand une fois l'action publique est intentée ; que s'il croit qu'à raison des circonstances, il serait trop dur de poursuivre la punition du délit, il ne peut le laisser impuni qu'en paraissant ne l'avoir pas connu (2). Cette décision du conseil d'État, qui confirme les réflexions de M. Bérenger, semble établir cette règle, précieuse dans cette matière, que le ministère public ne peut se dispenser de poursuivre un délit quelconque dès qu'il est devenu public ; mais qu'à l'égard des délits qui sont restés ignorés et dont le besoin de l'ordre social n'appelle pas une répression immédiate, il est peut-être sage de ne pas chercher à lever le voile qui les couvre.

L'indépendance de l'action publique entre les mains des fonctionnaires auxquels la loi l'a confiée est la première règle de la matière ; elle est écrite dans les art. 1er et 22 du Code d'instruction criminelle. La cour de cassation l'a reconnue dans des espèces différentes. Ainsi, elle a cassé un arrêt de la cour royale de Rouen qui, dans l'affaire du président Marcadier, avait déclaré l'action publique non recevable, parce que le ministre de la justice n'avait autorisé que l'action disciplinaire et non l'action publique : les motifs de l'annulation sont « que c'est une erreur manifeste de prétendre que le ministre de la justice a la suprême direction de l'action publique pour la punition des crimes et des délits (3). » D'une autre part, les tribunaux correctionnels et les cours royales siégeant correctionnellement ne peuvent donner aucune injonction au ministère public sur la direction des poursuites ; et, par exemple, ils ne pourraient lui ordonner, dans une instance correctionnelle, de mettre en cause tel individu (4). De même, la cour d'assises ne peut se refuser à faire droit à des réquisitions tendantes à mettre sous la main de la justice un écrit produit pendant les débats d'une affaire et qui renferme un délit prévu par la loi (5), parce que le droit d'apprécier la

(1) De la justice criminelle en France, p. 278.

(2) Proc.-verb. du cons. d'État, séance du 17 fructidor an XII, Locré, t. XXIV, p. 108.

(3) Arr. cass., 22 décembre 1827.

(4) Arr. cass., 27 novembre 1828. V. Journal du droit criminel, année 1829.

(5) Arr. cass., 6 avril 1833. — Voici le texte de cet arrêt, et l'espèce dans laquelle il est intervenu : — Le sieur Pointel était poursuivi devant la cour d'assises de la Seine-Inférieure comme distributeur de l'*Almanach du bon Normand*. Il produisit aux débats une lettre qui lui avait été adressée au sujet de cette distribution, mais en déclarant qu'il ne s'en servirait pas pour sa défense, et en en réclamant la remise immédiate. Le ministère public, après en avoir pris connaissance, demanda acte de la production, et déclara en faire la saisie. Mais la cour d'assises, sans avoir égard à ce réquisitoire, ordonna la remise de la pièce au prévenu, attendu qu'ayant été communiquée spontanément, et ne devant pas servir à la défense, elle n'était pas pièce au procès. Pourvoi du ministère public. — ARRÊT. — LA COUR ; — Vu les art. 8, 22, 29 et 37 du Code d'inst. crim. ; — Attendu que la pièce annoncée par le prévenu dans son interrogatoire n'a pas été par lui produite dans le débat ouvert devant la cour d'assises ; que la spontanéité de cette production et de sa remise au président, et la réserve qu'il avait faite pour qu'elle lui fût rendue, n'ont pu empêcher le ministère public, auquel la communication en avait été publiquement donnée, de s'en rendre saisissant pour agir, en vertu de cette pièce, envers qui de droit, dans l'intérêt de la vindicte publique ; — Que même en admettant que la lettre dont il s'agit ne fût pas pièce du procès, le ministère public n'en avait pas moins le droit de faire à son sujet les réquisitions et saisie autorisées par les dispositions précitées du Code d'instruction criminelle ; — Attendu que l'arrêt attaqué, en refusant de faire droit à ces réquisitions, a commis un excès de pouvoir, usurpé les droits du ministère public et méconnu les dispositions combinées des art. 8, 22, 29 et 37 du Code précité : — Casse. — Du 6 avril 1833. — M. Isambert, rapp. — Me Fichet, av.

convenance de la poursuite et de l'exercer n'appartient qu'au ministère public. Aussi, la cour de cassation a-t-elle proclamé en principe que les tribunaux ne peuvent, sans déni de justice, refuser de faire droit sur l'action publique intentée au nom de la société, pour réparation des délits (1).

Néanmoins, l'indépendance de cette action n'est pas absolue; elle ne s'exerce pas sans contrôle : la loi en a expressément confié la suprême direction aux cours royales, et ce principe, énoncé dans l'art. 9 du Code d'instruction criminelle, a été appliqué : 1° dans l'art. 235 du même Code, qui donne aux chambres d'accusation des cours royales le droit d'ordonner, d'office et dans toutes les affaires, des poursuites et des informations ; 2° dans l'art. 11 de la loi du 20 avril 1810, qui donne aux cours royales, toutes les chambres assemblées, le droit de mander le procureur général pour lui enjoindre de poursuivre à raison des faits qui lui auraient été dénoncés par un de ses membres. Cette haute surveillance de l'action publique, dont sont investis des corps indépendants, cette puissance qu'ils exercent de la mettre en mouvement, sont une des plus fortes garanties que la loi ait créées en faveur de la liberté civile (2).

L'indépendance de l'action publique reçoit encore d'autres limites. Toute partie lésée par un délit ou une contravention a le droit de citer directement le prévenu devant les tribunaux correctionnels ou de police (art. 63, 145 et 182 du Code d'inst. cr.). Or l'exercice de cette faculté a pour effet de mettre forcément l'action publique en mouvement, puisque le ministère public est obligé de résumer l'affaire et de conclure, soit à la condamnation, soit à l'acquittement ; que le tribunal peut appliquer une peine, quoique le ministère public ait conclu au renvoi du prévenu (3); et que les dommages-intérêts qui peuvent être accordés dans ce cas à la partie civile ne le sont *qu'accessoirement à l'action publique*. Il en est encore de même lorsque la partie civile forme opposition à une ordonnance de non-lieu à laquelle le ministère public avait acquiescé (art. 135 du Code d'inst. cr.); cette opposition a pour effet nécessaire de remettre en mouvement l'action publique, et de la conserver devant la cour royale.

Le ministère public n'est point tenu de poursuivre sur toutes les plaintes et les dénonciations qui lui sont adressées. Le législateur n'a pu vouloir astreindre les officiers du ministère public à diriger des poursuites d'office sur toutes les plaintes, même les plus légères et les plus insignifiantes; sur des plaintes qui n'intéressent point directement l'ordre public, et qui souvent n'ont d'autre but que de satisfaire des passions ou des haines particulières, des intérêts de vanité ou d'amour-propre, ou de procurer, aux dépens de l'État et sans aucune espèce d'utilité pour l'ordre social, la réparation de quelques torts légers éprouvés par des particuliers (4).

Mais si le plaignant se constitue *partie civile,* la même solution doit-elle être suivie ? Cette question a été fréquemment agitée dans les parquets. On dit, pour l'affirmative : Tout fait dénoncé comme crime ou délit fait naître deux intérêts distincts : l'intérêt de la société, et celui des parties qui se prétendent lésées. Le ministère public, qui représente le premier, est seul investi du droit d'apprécier si l'ordre social a été troublé par le délit, si l'action publique est utile au maintien de la tranquillité publique; et de même qu'il n'a point besoin du concours de la partie lésée pour agir, l'action de celle-ci ne peut entraîner la sienne, parce qu'elles sont réciproquement indépendantes l'une de l'autre. Nous ne pouvons adopter cette opinion. En principe, toutes les plaintes adressées au procureur du roi doivent être transmises au juge d'instruction avec son réquisitoire. Ce sont les termes précis et formels de l'art. 54 du Code d'instruction criminelle. Si des considérations, que nous avons rappelées plus haut, ont fait admettre que le procureur du roi pouvait ne donner aucune suite à celles qui lui semblent insignifiantes ou mal fondées, cette exception au principe ne peut être suivie lorsque le plaignant s'est constitué partie civile ; car la crainte de grever le trésor de frais frustratoires n'existe plus lorsqu'il y a une partie civile au procès, et surtout lorsque cette partie peut être contrainte à consigner; et, d'un autre côté, il y a lieu de présumer qu'une plainte qu'une partie ne forme qu'en s'exposant à des frais et même à des dommages-intérêts, n'est ni légère ni dénuée de tout fondement. Aussi, la cour de cassation n'a admis, dans l'arrêt déjà cité du 8 décembre 1826, que le ministère public pouvait se dispenser

---

(1) Arr. cass., 20 prairial an XI, Bull. off., n° 153.

(2) Arr. 22 décembre 1827, affaire Marcadier.

(3) Arr. cass., 24 nivôse an XI, 14 pluviôse an XII, 6 brumaire an VII, 27 juin 1811, etc.

(4) Motifs du réquisitoire de M. Mourre, adoptés par l'arrêt du 8 décembre 1826 ; — Instructions ministérielles.

de poursuivre, qu'autant qu'aucune partie civile ne fût intervenue sur la plainte. Et comment supposer que le ministère public puisse refuser d'exercer l'action publique lorsque celui qui lui dénonce un délit se constitue à la fois partie civile, tandis que, sur ce refus, il peut exercer lui-même indirectement cette action, en saisissant le tribunal correctionnel de sa plainte? Distinguera-t-on entre l'indépendance d'action comme partie principale ou comme partie jointe? Cette distinction ne serait qu'une subtilité, puisque le ministère public peut aussi bien, après l'information, conclure au renvoi du prévenu des fins de la poursuite, devant la chambre du conseil que devant le tribunal correctionnel. Au reste, cette question ne peut s'élever que rarement. En effet, si le fait dénoncé est qualifié crime, il n'est pas probable que le ministère public se refuse à le soumettre à une information préalable. Et s'il ne constitue qu'un délit, la partie a la ressource de la citation directe. Mais il existe une hypothèse où cette ressource lui est enlevée, c'est lorsque le prévenu a la qualité d'officier de police judiciaire : la cour de cassation a décidé que dans ce cas la cour royale ne peut être saisie que sur la citation du procureur général (1). Or, si ce magistrat pouvait se refuser à poursuivre, lors même que le plaignant s'est constitué et a consigné les frais, il en résulterait un véritable déni de justice, puisque la voie criminelle est formellement ouverte par la loi à toutes les parties qui sont lésées par des délits, et que cette juridiction se trouverait également fermée à la partie civile, soit qu'elle agît par citation directe, soit par voie de plainte. Nous n'adoptons pas sur ce point la jurisprudence de la cour de cassation; mais cette jurisprudence elle-même est, à nos yeux, un nouveau motif de conclure que le ministère public doit être tenu de poursuivre quand il y a plainte fondée sur un délit et partie civile au procès.

Le droit attribué au ministère public de poursuivre directement et d'office tous les faits que la loi a qualifiés crimes ou délits, ne peut recevoir de restriction que par des dispositions formelles de lois qui en modifient l'exercice ou le soumettent à des conditions (2). Il en est de même à l'égard des simples contraventions de police : ainsi le ministère public peut poursuivre d'office un individu qui a traversé avec une charrue un champ emblavé de froment, encore bien que ce fait n'intéresse que secondairement l'ordre public, et qu'il n'y ait pas de plainte (3).

Mais l'action publique est, dans plusieurs cas particuliers, subordonnée à la plainte de la partie lésée, comme dans le cas d'adultère (art. 336 et 339 du Code pénal), de crimes commis en pays étranger (article 7 du Code d'inst. cr.), de rapt (art. 357 du Code pén.), de fraudes des fournisseurs (art. 433 du Code pén.), de chasse sur le terrain d'autrui (L. du 30 avril 1790), de pêche dans les eaux des particuliers (4), d'offenses, de diffamations ou d'injures, soit envers les chambres, les agents de l'autorité publique ou diplomatiques étrangers, ou les simples particuliers (L. du 26 mai 1819, art. 2 et 5; 25 mars 1822, art. 17; 8 octobre 1830, art. 4 et 5), etc. Enfin, elle peut être suspendue dans le cas de plainte pour suppression d'état, jusqu'après le jugement définitif sur la question d'état (art. 327 du Code civ.), lorsque le délit suppose l'existence d'un contrat qui ne peut être prouvé par témoins (5), et toutes les fois qu'une exception préjudicielle de propriété est soulevée, et que cette exception est de nature à faire disparaître le délit si elle était prouvée, jusqu'à ce qu'elle soit définitivement jugée (6). Nous allons reprendre quelques-uns de ces cas exceptionnels sur lesquels la jurisprudence, un moment incertaine, s'est successivement fixée.

D'après l'art. 8 de la loi du 30 avril 1790, le ministère public ne peut poursuivre d'office et sans la plainte du propriétaire le fait de chasse sur le terrain d'autrui en temps non prohibé (7). Mais peut-il appeler du jugement rendu sur la plainte de ce propriétaire, si celui-ci n'appelle pas? La cour de cassation a jugé l'affirmative, parce que l'action publique, une fois mise en mouvement par la poursuite ou par la partie civile, ne peut être subordonnée à son changement de volonté, ni être arrêtée par son fait ou son inaction même dans une marche légale (8).

La même décision s'applique aux délits de diffamation ou d'injures envers des particuliers. Lorsque la plainte est une fois portée,

(1) Arr. cass., 15 juin 1832. *V.* l'art. 1026 du Journal du droit criminel, *les observations*.
(2) Arr. cass., 2 novembre 1820.
(3) Arr. cass., 11 juin 1811.
(4) Arr. cass., 5 février 1807 et 11 novembre 1808.
(5) *V.* p. 68 et 101, Journal du dr. crim, ann. 1833.
(6) Les nombreuses questions que présente cette matière ont examinées avec soin au mot *Question préjudicielle,* Journ. du dr. crim, année 1833.
(7) Arr. cass., 12 février 1808, 10 juillet 1807, 13 juillet 1810, 22 juin 1815, 31 juillet 1830. *V.* l'art. 550, Journ. du dr. crim.
(8) Arr. cass., 31 juillet 1830. *V.* l'art. 550, J. du dr. crim.

le ministère public rentre dans la plénitude de ses attributions; son action est dégagée de toute entrave, et il peut appeler, sans le concours du plaignant, du jugement qui a statué (1).

Enfin, il en est de même à l'égard de tous les délits ruraux qui ont pour objet non l'ordre public, mais la conservation des propriétés, et qui ne peuvent être poursuivis d'office par le ministère public : il suffit qu'il y ait eu plainte et que l'action publique ait été mise en mouvement pour qu'elle soit librement exercée par le ministère public; elle ne peut être ensuite arrêtée ni paralysée par le fait du plaignant (2). La nullité de la plainte (3) ou le désistement du plaignant n'arrêteraient également l'exercice ni la marche de l'action publique (4).

Aux termes de l'art. 327 du Code civil, l'action publique contre un délit de suppression d'état ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. L'application de ce texte n'éprouve aucune difficulté lorsque l'action civile est engagée, lorsque la partie lésée réclame (5); mais quand cette partie garde le silence, quand il n'y a pas d'action liée au civil, quand il ne peut y en avoir, l'action publique doit-elle encore rester paralysée? Merlin a constamment soutenu que dans cette dernière hypothèse le ministère public peut agir seul et d'office. Cet habile jurisconsulte a appuyé cette opinion sur les motifs du Code civil, qui font connaître que l'intention du législateur a été uniquement d'empêcher les parties d'éluder les prohibitions du Code civil relatives à la preuve testimoniale, et de s'emparer de la voie criminelle pour appuyer des réclamations d'état sur cette preuve dangereuse en cette matière. Il conclut que lorsqu'il n'existe pas de réclamation d'état, lorsqu'il n'existe pas de question liée devant les tribunaux, rien ne doit s'opposer à l'action du ministère public. « Ne serait-il pas souverainement déraisonnable, ajoute Merlin, qu'un crime de faux demeurât perpétuellement impuni, sous le prétexte qu'aucune partie privée ne viendrait le dénoncer par la voie civile, et qu'il dût son impunité à la circonstance, souvent très-aggravante, qu'il aurait été commis dans l'acte le plus important de la vie sociale? Le Code civil n'a pu introduire dans la législation criminelle une innovation aussi dangereuse, aussi immorale; et la preuve qu'il ne l'a pas fait, c'est que l'art. 327 n'est évidemment relatif qu'aux accusations de suppression d'état, intentées à la suite de réclamations d'état portées devant les tribunaux civils; c'est que, non-seulement sa contexture, mais encore les quatre articles dont il est précédé, démontrent que tel est son unique objet....; quelque générale que paraisse la disposition de cet article, il est certain qu'elle est limitée par son propre texte au cas où il existe une *question d'état* (6). » Legraverend repousse ce système en se fondant sur ce que la raison de la loi qui n'admet la preuve par témoins, en matière de question d'état, que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, s'applique au cas où la poursuite s'exerce d'office, comme à celui où elle est exercée par la partie civile (7). La cour de cassation, qui n'a pas cessé de consacrer cette dernière opinion dans ses arrêts, l'appuie sur ce que les termes de l'art. 327 sont absolus pour la partie publique comme pour la partie civile; et que s'il est dangereux que l'action criminelle soit ainsi suspendue et même éventuellement anéantie, relativement à des crimes qui intéressent si essentiellement l'ordre social, le repos des familles a pu présenter aux législateurs des considérations d'un intérêt plus grave (8).

---

(1) Arr. cass., 13 avril 1820.

(2) Arr. cass., 23 janvier 1813.

(3) Arr. cass., 9 janvier 1808.

(4) Arr. cass., 6 septembre 1811.

(5) Arr. cass., 24 germinal et 20 prairial an XII.

(6) Réquisitoire de Merlin, arr. cass., 10 messidor an XII. Rép., v° *État civil;* Questions de droit, v° *Suppression d'état.*

(7) Traité de lég. crim., t. 1, p. 35, n. éd.

(8) Arr. 10 messidor an XII, 25 novembre 1808, 2 mars 1809, etc. — Voici le texte d'un arrêt récent qui confirme cette jurisprudence : En 1829, la femme Bernard est accouchée d'un enfant qui n'a pas été présenté à l'état civil, et qui, par ordre de la mère, a été exposé au tour de l'hospice de la Charité de Lyon. En 1830, elle accoucha d'un second enfant qui eut le même sort. Dénoncés au ministère public, ces faits ont été l'objet d'une instruction judiciaire, qui les a pleinement établis; néanmoins la chambre d'accusation de la cour de Lyon, par arrêt du 18 février 1831, n'y a reconnu que la prévention d'exposition ou de délaissement en un lieu solitaire de deux enfants, et a renvoyé la femme Bernard devant la juridiction correctionnelle, aux termes de l'art. 352 du Code pénal. Mais la même cour, ch. corr., saisie par appel, s'est déclarée incompétente par arrêt du 22 avril suivant, attendu que les faits imputés constituaient un crime de suppression d'enfant et non un simple délit d'exposition. — Pourvoi en cassation. — Arrêt : — « Vu... les art. 326 et 327 du Code civ.; — Attendu que le fait reproché à la femme Bernard pourrait constituer le crime de suppression d'état, prévu par l'art. 345 du Code pén.; mais attendu que, d'après les dispositions formelles des art. 326 et 327 du Code civ., l'action publique, en matière de suppression d'état, ne peut être exercée que quand il a été statué définitivement

C'est par ces motifs que cette cour a jugé que lorsqu'un faux commis sur les registres de l'état civil a eu pour but de créer une filiation à une personne, et que la poursuite tendrait à priver cette personne de son état civil actuel, le ministère public n'est pas recevable à faire des poursuites contre ce faux, avant qu'il y ait eu jugement définitif au civil sur la question d'état; qu'il est également non recevable, alors même qu'en divisant les éléments du délit, il n'attaquerait pas l'acte de naissance, mais seulement les actes de mariage et de décès; qu'enfin, dans le cas même où la décision des tribunaux civils sur la question d'état ne peut avoir lieu qu'après le décès de celui à qui le faux est imputé, cette circonstance ne donne pas plus ouverture à l'action publique que si la question d'état pouvait être actuellement engagée devant les tribunaux civils (1).

Lorsque le fait dénoncé ne constitue qu'une tentative de suppression d'état, peut-il être poursuivi avant le jugement de la question d'état? Un arrêt de la cour royale d'Angers du 27 novembre 1829 a jugé l'affirmative (2). Dans l'espèce de cet arrêt, l'état de l'enfant résultait de son acte de naissance; personne ne le contestait; il y avait eu seulement une tentative frauduleuse pour le changer. Dès lors il n'existait pas réellement de question d'état, et la poursuite ne pouvait éprouver aucun obstacle.

L'art. 327 n'est au reste applicable qu'au crime de suppression d'état. Ainsi, le fait d'avoir déclaré devant l'officier de l'état civil la naissance et le décès d'un enfant qui n'a jamais existé, fait qui constitue le crime de supposition d'enfant, prévu par l'art. 345 du Code pénal, peut être poursuivi sans attendre le jugement de la question d'état (3). Il en est de même des faux ou altérations commis sur les registres de l'état civil, qui ne concernent que les mariages et les décès: les art. 326 et 327 du Code civil ont seulement pour objet de prohiber les attaques directes ou indirectes contre la filiation, tant qu'il n'y a pas de jugement sur la question d'état (4).

Les poursuites criminelles ne peuvent également être commencées à raison d'un délit, lorsque ce délit suppose nécessairement l'existence d'un fait civil, d'un contrat qui ne peut être prouvé par témoins. Tels sont les délits de violation de dépôt (5) et d'abus de blanc seing (6).

Mais les cas où l'action publique est arrêtée ou subordonnée à la décision d'une autre juridiction étant des exceptions au droit commun qui autorise le ministère public à poursuivre d'office tous les délits prévus par la loi, il s'ensuit que ces restrictions doivent être formellement établies par la loi. Ainsi le ministère public peut poursuivre d'office le crime ou le délit de banqueroute (5), même après le concordat (6), et sans qu'il soit besoin que la faillite soit déclarée par le tribunal de commerce (7). Il peut également exercer des poursuites en matière de faux, alors même que la pièce incriminée se trouve l'objet d'une instance civile (8), ou que le faussaire a déclaré, sur la sommation de la partie civile, qu'il ne voulait point faire usage de cette pièce (9). Il a été encore reconnu que le ministère public peut poursuivre d'office les contraventions en matière d'or et d'argent (10), et qu'il peut exercer son action, sans le concours des familles, contre les officiers de l'état civil qui ont marié un mineur sans constater et sans énoncer le consentement des parents (11).

L'action publique s'éteint par la prescription et par la mort du prévenu (art. 2). Elle s'éteint également par l'amnistie, d'après la jurisprudence de la cour de cassation, jurisprudence que nous avons combattue (14). Nous examinerons, sous le mot *prescription*, les décisions de cette matière qui se rattachent à l'action publique. A l'égard du décès du prévenu, il convient seulement

par les tribunaux civils, seuls compétents à cet effet, sur la question d'état de l'enfant; — Que ces articles, étant conçus dans des termes généraux et absolus, s'appliquent nécessairement à la partie publique et d'une manière d'autant plus spéciale, qu'elle a seule le droit d'exercer et de poursuivre l'action criminelle; — Attendu que, dans l'espèce, il n'a point été intenté d'action ni statué au civil sur la question d'état; que, dès lors, il n'y a à réprimer, en cas de conviction, que le délit prévu par l'art. 352 du Code pén.; l'exposition et le délaissement en un lieu non solitaire, de deux enfants au-dessous de l'âge de 7 ans: — Renvoie, etc. » — Du 21 juillet 1831. — Cour de cass. — M. Brière, rapp.

(1) Arr. cass., 3 mars 1813.
(2) *V.* art. 253 du J. du dr. crim. et *les observations*.
(3) Arr. cass., 7 avril 1831. *V.* art. 706. du J. du dr. crim.
(4) Sirey, 17, 2, 241.
(5) Arr. cass., 19 avril 1811, 5 mars 1813.
(6) Arr. cass., 9 mars 1811.
(7) Arr. cass., 30 janvier 1824. *V.* Legraverend, t. I, 10 et 30, n. éd.
(8) Arr. cass., 28 avril 1809.
(9) Arr. cass., 28 octobre 1813.
(10) Arr. cass., 13 février 1806.
(11) Arr. Turin, 6 avril 1808; Sirey, 10, 2, 65.

d'observer à cet égard, 1° que le décès de l'auteur principal du délit n'éteint pas l'action publique à l'égard du complice (1); 2° que si le décès n'a lieu qu'après la condamnation, mais avant l'exécution de l'arrêt, il annule toute condamnation afflictive et empêche les effets de la mort civile; mais qu'il laisse subsister les condamnations pécuniaires prononcées sur l'action publique en faveur du fisc (2).

Nous examinerons dans une de nos prochaines revues la question de savoir si l'arrêt qui vient d'être cité s'applique aux amendes, et si l'amende prononcée par jugement définitif s'éteint par le décès du condamné.

(*Journal du Droit criminel.*)

XXVI.

DU DROIT D'INDIGENCE, OU DE L'EXEMPTION DES FRAIS DE JUSTICE AU PROFIT DES INDIGENTS;

PAR M. CÉSAR WEST, DOCTEUR EN DROIT.

Depuis plusieurs années, des hommes recommandables dans la magistrature et le barreau ont dirigé de sérieuses attaques contre le tarif des frais de justice. Ils ont réclamé avec énergie un remède à cette lèpre fiscale qui défigure les meilleures lois en rendant l'accès des cours de justice onéreux à tous les justiciables, et impossible à beaucoup d'entre eux.

Le chiffre des frais, surtout dans certaines procédures qui se représentent plus souvent dans la vie commune (l'expropriation forcée, la vente des biens des mineurs et autres personnes incapables, les poursuites d'ordre et de contributions, la séparation de corps), indique assez qu'il n'est que trop vrai que, pour une grande quantité de plaideurs, la justice doit être un vain mot.

Mais, à ce mal qui pèse sur toutes les catégories des justiciables, et qui est profondément enraciné dans l'organisme judiciaire, il faudrait un remède non moins général et non moins radical! Il faudrait une refonte du tarif des frais et de nouvelles dispositions réglementaires pour en assurer l'observation! Il faudrait une solution à la question si grave et si délicate de la vénalité des offices ministériels! Mais, disons-le avec franchise, toutes ces améliorations, désirables à un haut point, seront lentes à s'introduire; car trop d'intérêts s'entendent pour les repousser; trop de passions égoïstes sont liguées pour en ajourner la réalisation.

En attendant qu'une réforme complète s'effectue, et que toutes les classes de la société voient se faciliter pour elles l'abord des tribunaux et l'obtention de justice, on a pensé, avec raison, qu'il fallait au moins remédier sans délai aux souffrances les plus vives; on a essayé d'introduire une amélioration partielle en faveur des plaideurs indigents.

Mais les abus les plus tenaces sont ceux qui intéressent le fisc, et les annales judiciaires nous en offrent un exemple remarquable.

En 1826, le procureur du roi de Lunéville avait adressé, au ministre des finances, un mémoire ayant pour objet d'obtenir le timbre

(1) Arr. cass., 14 août 1807, 21 avril 1815.

(2) Arr. cass., 16 janvier 1811.

et l'enregistrement en *débet* des actes de procédure qui intéressent les indigents. Cette demande fut rejetée. En 1828, la chambre des avoués de Paris fit une proposition semblable, avec l'appui du président du tribunal de la Seine, qui sollicitait surtout l'exemption des droits pour les requêtes en séparation de corps, et celles en pension alimentaire.

Ces propositions durent paraître insolites et étranges au fisc; on le conçoit. Cependant elles n'étaient point sans précédents dans l'ancienne jurisprudence du royaume; car, dans le ressort du parlement de Flandre, les pauvres avaient autrefois le droit de plaider *pro Deo* (pour l'amour de Dieu) (1). Certes, si le gouvernement d'alors n'avait fait que ressusciter des traditions du genre de celle-ci, l'histoire n'eût guère osé lui reprocher ses tendances rétrogrades.

Mais, pour cette fois, il crut devoir en agir différemment. Le conseil d'administration de l'enregistrement répondit aux demandes qui lui étaient soumises par des refus que le ministre des finances s'empressa d'approuver; et le conseil d'État, saisi en dernier lieu de la question, rendit un arrêt ainsi conçu :

« Vu la loi du 13 brumaire an VII sur le timbre, la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement, et l'art. 71 de la loi du 28 avril 1816, qui interdit de donner la formalité du timbre en débet;

» Considérant qu'il paraîtrait juste d'exempter les indigents de certains impôts qui font obstacle au libre exercice de leurs droits civils, et que plusieurs des motifs, sur lesquels on appuie la demande de cette exemption, sont d'accord avec l'humanité et la morale;

» Que, néanmoins, le législateur n'a pas cru devoir accorder ces sortes d'exemptions, sans doute à cause de l'abus qu'on en pourrait faire, et des embarras où elles jetteraient les préposés chargés de recevoir l'impôt du timbre et de l'enregistrement;

» Qu'en effet, l'indigence des contribuables ne serait pas susceptible d'être constatée par ces préposés, une fois qu'elle aurait été certifiée par des fonctionnaires de l'ordre administratif, et qu'ainsi, il dépendrait définitivement de ces derniers d'étendre ou de resserrer la sphère de l'impôt;

» Considérant, au surplus, que les actes qui doivent être exempts du timbre ou de l'enregistrement, de même que ceux qui doivent être enregistrés *en débet*, sont explicitement dénommés dans les lois précitées des 13 brumaire et 22 frimaire an VII (2); mais que les actes pour lesquels on réclame l'exemption ou le débet n'y sont point compris;

» Est d'avis qu'il n'y a pas lieu d'accueillir la demande de la chambre des avoués.

» Fait en comité le 22 juillet 1829. »

Approuvé le 18 août 1827.—Le ministre des finances,
Signé CHABROL (3).

Cette solution est incontestablement fondée en droit, et nous ne prétendons pas méconnaître que les législatures qui se sont succédé depuis 1789 n'aient poussé la haine du privilége au point de refuser aux indigents celui de plaider gratis. Cependant les *considérants* de l'arrêt du conseil d'État sont graves : ils démontrent que, dès cette époque, la question avait été comprise, et que le premier corps administratif du royaume réprouvait, par conscience, les lois dont, par devoir, il prononçait l'application.

Mais ceux auxquels appartenait alors l'initiative des lois demeurèrent silencieux et muets : à leurs yeux, l'arrêt du conseil d'État fut réponse pour toutes les réclamations et toutes les douleurs; le gain de cause du fisc s'enveloppa de tout le respect dû à la chose jugée. La requête de la chambre des avoués de Paris demeura ainsi anéantie par l'arrêt, et l'on mit en oubli les motifs de l'arrêt, parce qu'ils contenaient des vérités importunes.

En présence de cette cupide inaction du gouvernement, quelques sollicitudes individuelles s'étaient émues et faisaient le bien en silence. La compagnie des avoués de première instance, et celle des avoués près la cour de Paris, ont établi, dans leur sein, des caisses destinées à subvenir aux frais des procès des indigents : ces instances sont suivies par des avoués commis par les compagnies, et qui donnent leurs soins et leur ministère gratuitement (4). Le procureur du roi près le tribunal de la Seine a réitéré la tentative faite, en 1826, par son collègue de Lunéville, et, en 1828, par la chambre des avoués de Paris; mais il n'a pas obtenu plus de succès.

Nous sommes heureux de pouvoir donner une publicité nouvelle à tous les louables ef-

(1) Merlin, Rép., v° *Pauvre*, n. 3.
(2) On pourrait ajouter l'art. 75 de la loi du 25 mars 1817.
(3) *Gazette des Tribunaux*, du 30 septembre 1829, p. 1127.
(4) V. *ibid.*, 12 octobre 1837.

forts (1) et aux actes de bienfaisance que les lacunes de notre législation ont provoquées. Mais, disons-le aussi : cette sollicitude pour les pauvres trouve peu d'imitateurs dans les provinces; et c'est pourtant là où il importe le plus d'accorder protection aux droits des pauvres; car l'éloignement des siéges nécessite à lui seul de fortes dépenses, et il arrive trop souvent qu'après avoir fait les démarches préliminaires, le malheureux plaideur, resté sans ressources devant les exigences exorbitantes du fisc, est obligé d'abandonner son action et de renoncer au droit le mieux établi. Qu'importe alors au pauvre qu'une loi écrite soit logique, si les bienfaits de cette loi ne peuvent descendre jusqu'à lui! Qu'importe au cultivateur sans argent que des droits soient protégés en principe, si, pour en conserver ou en ravoir la jouissance, il lui faut faire des dépenses auxquelles ses ressources ne peuvent suffire!

C'est donc dans la loi qu'est le mal; c'est dans la loi qu'il faut placer le remède.

En parcourant les lois de procédure des pays étrangers, on est surpris de voir que toutes, ou presque toutes, se sont occupées des pauvres, et ce n'est sans doute pas la cause qui a le moins contribué à ce que, dans ces pays, il y ait peu de pauvres et point de mendiants.

Chez la plupart des peuples de l'Allemagne, la sollicitude pour les droits de la classe pauvre est inscrite et formulée dans les codes, sous le titre de *Droit d'indigence* (*Armenrecht*), c'est-à-dire droit d'ester gratuitement en justice pour tous ceux dont l'indigence est dûment constatée. Cette institution remonte à une époque fort ancienne, et paraît avoir existé dans toutes les anciennes législations provinciales de l'Allemagne : on la trouve mentionnée dans le Code bavarois de 1753, et dans le Code de procédure prussien de 1793.

Il nous a semblé peu utile, au surplus, de nous livrer à des recherches historiques sur une institution que la justice et l'humanité réclament avec une égale force, et dont l'absence, dans la législation française, ne peut ni se comprendre ni s'excuser. Nous nous sommes borné à constater, sur ce point, l'état le plus récent des législations étrangères, et à rapprocher les dispositions qui en règlent le détail et l'application.

Le texte de l'ordonnance du roi de Prusse, en date du 16 février 1823, sur le droit d'indigence dans les provinces rhénanes, nous a servi de terme de comparaison. Il est, du reste, presque identique avec le texte de l'ordonnance bavaroise des 19 novembre 1814-13 janvier 1823, et du Code de procédure badois de 1832. Cette circonstance n'est point indifférente, si on se rappelle que les dispositions dont il s'agit régissent des pays où le Code civil français est encore aujourd'hui en vigueur. Nous avons eu soin d'indiquer les dispositions des lois de Bade ou de Bavière qui ne se trouvent pas dans le texte prussien, ou qui contiennent une prescription différente.

Ordonnance du roi de Prusse du 16 février 1823.

§ 1er. Tout individu qui ne trouvera pas, dans sa fortune ou dans sa profession, les moyens de subvenir aux frais d'un procès, en outre de ce qui est nécessaire à son entretien et celui de sa famille, pourra réclamer le bénéfice du droit d'indigence (2).

§ 2. Pour obtenir ce bénéfice, il faut produire :

1° Un extrait du rôle des contributions de la commune du pétitionnaire, indiquant le montant des impôts qu'il supporte;

2° Un certificat du maire et du percepteur de la commune, constatant que le pétitionnaire est hors d'état de subvenir aux frais d'un procès. Ce certificat devra contenir des renseignements sur sa famille et sa fortune;

3° Une affirmation du pétitionnaire qu'il ne possède pas de biens dans une commune autre que celle où il réside. Dans le cas opposé, il devra produire un extrait du rôle des contributions de cette seconde commune (3).

§ 3. Muni de ces pièces, le pétitionnaire doit s'adresser au procureur du roi près le tribunal du lieu de l'instance.

§ 4. Le procureur du roi soumet la requête à la chambre du conseil, et donne ses conclusions; la chambre du conseil prononce ensuite l'admission ou le rejet de la requête (4).

(1) La cause des pauvres a trouvé un défenseur aussi chaleureux qu'éloquent en M. de Gérando, substitut du procureur du roi près le tribunal de la Seine. *Voy*. le discours de rentrée prononcé par ce magistrat, à l'audience du 3 novembre 1837.

(2) Même disposition dans le Code de proc. bad., tit. IV, § 160; — et dans l'ord. bavar., art. 1er.

(3) Même disposition dans l'ordonnance bavar., art. 3. — Le Code de proc. badois se contente d'un certificat d'indigence, et n'exige point l'intervention du ministère public et du tribunal.

(4) Même disposition dans l'ordonnance bavar., art. 3.

§ 5. Lorsqu'un individu a été admis au bénéfice du droit d'indigence, il lui est nommé d'office, d'après l'ordre du tableau, un avoué et un huissier, qui suivent l'instance gratuitement.

La signification des actes d'avoué à avoué se fait par le ministère d'huissiers audienciers (1).

§ 6. Dans ce cas, l'indigent est affranchi des droits d'enregistrement, de timbre, et de toutes taxes judiciaires. Néanmoins tous les débours doivent être portés en débet par les employés des administrations respectives (2).

§ 7. Le droit d'indigence ne dispense pas l'indigent condamné aux dépens envers la partie adverse de l'obligation de rembourser ces dépens (3).

§ 8. S'il résulte des pièces du procès que l'indigent a intenté l'action méchamment ou de mauvaise foi, il pourra être condamné, par le jugement qui statue sur la cause, à un emprisonnement de vingt-quatre heures à cinq jours.

§ 9. Il n'y a lieu à appel contre cette condamnation qu'autant que la cause au principal sera elle-même susceptible d'appel.

§ 10. Quiconque aura obtenu le droit d'indigence d'une manière subreptice et sans y avoir droit, sera traduit devant le tribunal de police correctionnelle, et condamné à un emprisonnement d'un à six mois. On poursuivra contre lui le recouvrement de tous les frais du procès (4).

§ 11. Lorsqu'un pétitionnaire ne demandera le bénéfice du droit d'indigence que dans une instance supérieure, il devra être procédé comme devant le tribunal de première instance, et les présentes dispositions seront applicables (5).

§ 12. Lorsqu'un individu aura obtenu le droit d'indigence en première instance, il pourra, sur le fondement de cette décision, obtenir l'admission au droit d'indigence en instance supérieure.

§ 13. Dans toute affaire d'indigents, le ministère public devra être entendu (6).

§ 14. Si un indigent vient à acquérir une fortune suffisante, soit par le gain de son procès, soit de toute autre manière, il est tenu de payer les frais du procès portés en débet. Les tribunaux arbitreront selon l'équité, si la fortune du bénéficiaire est suffisante pour supporter la restitution des frais. Le ministère public et les employés du fisc doivent veiller à ce que cette restitution soit opérée (7).

§ 15. Celui qui voudra jouir du droit d'indigence en justice de paix adressera sa demande au juge de paix, en produisant les pièces mentionnées au § 2. Le juge de paix prononcera sans plus ample informé, sans distinguer si la cause sera ou non jugée par lui en dernier ressort (8).

Dans le cas prévu par le § 8, le juge de paix pourra prononcer la peine de l'emprisonnement (9).

§ 16. Cette ordonnance est applicable à tout indigent étranger, lorsque les lois de son pays admettent les sujets prussiens au bénéfice du droit d'indigence. Le pétition-

---

(1) Le Code de proc. bad. ajoute (§ 164) que l'indigent pourra, sur des motifs plausibles, récuser le mandataire qui lui aura été désigné, et que ce dernier pourra également, surtout si la demande lui paraît mal fondée, refuser son ministère. Il est pourvu alors à un nouveau choix, et, en cas de refus du mandataire désigné, l'indigent avisera lui-même à en choisir un. — L'art. 4 de l'ordonnance bavar. prononce une suspension de 3 mois contre l'officier ministériel qui refuse d'exercer pour l'indigent.

(2) Même disposition dans le § 161 du Code de proc. bad. Ce paragraphe dispose de plus que l'adversaire de l'indigent sera lui-même provisoirement exempté de l'enregistrement et du timbre, et que l'étranger plaidant contre un indigent sera dispensé de fournir la caution *judicatum solvi*. Si l'adversaire de l'indigent succombe, il sera tenu de payer la totalité des frais portés en débet. V. § 162. — Nous ne pouvons approuver la dispense de caution *judicatum solvi* accordée à l'étranger : car, s'il succombe dans son instance contre l'indigent, l'État n'aura aucun moyen de recouvrer les frais avancés par lui et portés en débet. — Même disposition dans l'art. 7 de l'ordonnance bavar.

(3) Même disposition dans l'art. 7 de l'ordonnance bavar. — Le Code de proc. bad. ne déclare ce remboursement obligatoire que pour le cas où l'indigent deviendrait plus tard solvable. Cette disposition nous semble tout à la fois inutile et nuisible : inutile, car si l'indigent ne possède absolument rien, il sera impossible de répéter contre lui les dépens; nuisible, car la crainte d'être condamné aux dépens est une garantie d'ordre public contre les procès vexatoires, mal fondés ou entrepris avec légèreté, et cette garantie doit subsister contre le pauvre comme contre le riche.

(4) L'ordonnance bav., art. 9, étend la peine de l'emprisonnement de huit jours à un mois. Cette peine est prononcée par le tribunal qui a jugé le procès. — Le Code de proc. bad. ne contient aucune clause pénale.

(5) Même disposition dans l'ord. bav., art. 10.

(6) Même disposition dans l'ordonnance bav., art. 6.

(7) Même disposition dans le § 167 du Code de proc. bad.

(8) Même disposition dans l'art. 9 de l'ordonnance bav.

(9) En Bavière, la compétence pénale du juge de paix est réduite de 3 à 14 jours, pour le cas d'usurpation du droit d'indigence (*ibid*).

naire devra fournir, tant sur cette réciprocité que sur le fait de son indigence, des preuves suffisantes (1).

La procédure autrichienne, dans ses dispositions relatives au droit d'indigence, est moins complète que les lois de Prusse, de Bavière et de Bade, ou du moins elle s'éloigne davantage des conditions que nous sommes habitués à considérer comme nécessaires à toute prescription légale. La loi autrichienne proclame le principe de l'existence du droit d'indigence; elle trace les règles qui doivent présider à la demande et à l'obtention de ce droit, dans les divers ordres ou degrés de juridiction; elle détermine le bénéfice auquel l'impétrant a droit; mais elle ne contient aucune clause pénale contre le plaideur qui usurpe par fraude le droit d'indigence, ou qui en abuse pour intenter méchamment une action mal fondée. Peut-être cette lacune est-elle un éloge du peuple autrichien, plutôt qu'un oubli du législateur! En tout cas nous devons rappeler que les dispositions qui règlent cette matière n'ont point été promulguées d'un seul jet; elles forment la substance d'une série d'ordonnances appelées *Décrets de la cour* (*Hofdecrete*), et rendues successivement depuis 1781 jusqu'en 1802 (2).

Dans le royaume des Pays-Bas, l'arrêté du 26 mai 1824 résume les dispositions de plusieurs arrêtés antérieurs et d'une loi du 9 mars 1815 sur le droit d'indigence, et forme le dernier document de la législation néerlandaise sur la matière. Cet arrêté se rapproche, en tous points, du texte des ordonnances de Prusse et de Bavière, et nous n'y avons trouvé aucune disposition nouvelle, si ce n'est que l'adversaire du plaideur qui demande le droit d'indigence peut s'opposer à cette demande et en démontrer le mal fondé. Nous nous abstenons de reproduire la traduction du texte néerlandais : on la trouve dans Merlin, *Rép.*, v° *Pauvre*.

En Sardaigne, l'institution du droit d'indigence existe aussi; mais elle s'y présente avec une physionomie de bienveillance et de sollicitude paternelle qu'on ne trouve même pas dans les législations allemandes, et qu'on s'étonne, à plus forte raison, de trouver inscrite dans les statuts des États-Sardes, dès le moyen âge. Non contente d'exempter les pauvres des redevances fiscales qu'ils pourraient supporter, la législation sarde prend leurs intérêts sous sa protection : elle institue un office (*bureau des pauvres*), composé d'un *avocat des pauvres* et de plusieurs *substituts*, qui ont pour mission de juger de l'admissibilité d'un pauvre au *droit d'indigence*, et de plaider pour lui dans les causes civiles ou criminelles. *l'avocat des pauvres* a rang de conseiller à la cour suprême, et il reçoit un traitement de l'État.

Outre le *bureau des pauvres*, composé comme on vient de voir, l'État solde aussi un *procureur des pauvres*, qui a sous ses ordres plusieurs substituts ou adjoints, pour tous les actes intéressant les pauvres, qui ressortissent au ministère du procureur.

Il est impossible de lire ce statut sans se sentir pénétré d'une sainte reconnaissance pour le législateur qui élève la bienfaisance au rang d'une vertu civique, et décerne les honneurs de la magistrature suprême à l'*avocat des indigents*. Le statut d'Amédée VIII n'a pas besoin de commentaire.

Puissent ceux qui ont mission de faire des lois en France le lire avec fruit, et y puiser le désir de doter leur pays d'une institution semblable!

(*Revue étrangère et française*.)

---

(1) La réciprocité du droit d'indigence existe entre la Prusse et les Pays-Bas. Nous savons même, de source certaine, qu'en Prusse, le droit d'indigence a été accordé à des Français. — En Bavière, la réciprocité existe avec la Hesse-Ducale, la principauté de Lichtemberg, le duché de Nassau et la Hesse-Électorale, aux termes de conventions passées avec les gouvernements de ces États. (V. M. Siebenpfeiffer, *Manuel de l'organisation judiciaire en Bavière*, tom. III, p. 127.)

(2) V. *Procédure civile de l'empire d'Autriche*, par M. Ofner. Olmutz, 1825, pages 380 et suiv. et 408 et suiv.

XXVII.

Droit Civil.

Le bail constitue-t-il, d'après le droit nouveau, un droit réel pour le fermier, c'est-à-dire un droit absolu, et non pas seulement un rapport particulier entre le bailleur et le bailliste **(1)?**

DISSERTATION POUR L'AFFIRMATIVE, PAR M. TROPLONG.

Pour juger de la nature d'un contrat, il ne faut pas se laisser influencer par quelques particularités secondaires et quelques inconvénients qui, loin d'être dans sa nature, ne sont que de rares accidents. Or, en thèse générale, le bail appliqué à une chose est un mode très-utile d'exploitation, bien plus qu'un démembrement de la propriété. C'est un moyen de recueiller les fruits par une combinaison presque toujours avantageuse et lucrative. Il suit de là que cette combinaison ne crée pas une propriété distincte, prise sur la propriété même, et à son préjudice et détriment. Je compare le bail à un élément étranger qui s'incorpore à la chose pour en faire sortir les produits, à peu près comme un réservoir qu'on applique à une lampe pour lui fournir l'aliment qui entretient la lumière. Donc, par cela même qu'il s'y ajoute, il ne la démembre pas; il la met en état de rapport au lieu de la fractionner; il rend la propriété féconde au lieu d'en retrancher aucune de ses parties utiles.

Il est vrai que ce mode d'exploitation attribue un droit au bailliste qui en est l'agent: c'est de rester possesseur pendant toute la durée du bail; c'est de conduire à fin l'exploitation convenue : d'où il suit que son industrie et son occupation accompagnent l'immeuble en quelque main qu'il passe, et que les tiers sont tenus de plein droit de prendre la chose avec ce procédé particulier de mise en rapport. Voilà pourquoi j'ai cru pouvoir avancer que le droit du bailliste est un droit réel; car le droit réel est défini par les docteurs: *Facultas hominis in rem competens, sine respectu ad certam personam* (2). Tout droit absolu est un droit réel, et celui dont nous parlons a ce caractère. Mais si après cela on veut prétendre que ce droit réel démembre le domaine de la chose louée, mon esprit répugnera à cette assertion. Le fermier ne prend d'une main que pour rendre de l'autre; ce qu'il recueille en nature, il le restitue en fruits civils; son droit ne s'assied sur la chose que pour qu'elle ne soit pas stérile pour le maître. Il est puissance auxiliaire, et non puissance rivale. On ne saurait donc donner au bail le nom de démembrement, comme à l'usufruit et à la servitude.

Objectera-t-on qu'il n'y a pas de droit réel sans un démembrement du domaine? M. Delvin-

(1) Extrait du commentaire inédit de M. Troplong, sur le *titre du louage:* une indisposition de l'auteur en a momentanément suspendu la publication.

(2) Huberus, sur les Institutes : *De rer. divis.*

court n'était pas de ce sentiment, puisqu'il disait : « L'hypothèque, quoique droit réel, *n'est » pas un démembrement de la propriété*(1). » J'ajouterai qu'en supposant que l'idée par laquelle on m'arrête fût vraie dans l'ancien droit, comme je le crois, ce ne serait pas une raison pour l'importer sans modification dans le nouveau. Jadis, le bail était fort différent de ce que le Code civil l'a fait pour nous; il ne suivait pas la chose, il périssait avec l'aliénation de l'immeuble, il ne donnait qu'un droit relatif. Aujourd'hui, il affecte la chose, il demeure imprimé sur elle malgré les sous-aliénations. Le voilà donc qui s'élève, malgré tous les précédents connus, dans la classe des droits réels. Mais est-ce notre faute, à nous, interprètes du Code civil, qui devons constater les innovations de la loi actuelle et non les répudier, est-ce notre faute si ce nouveau droit réel en faveur du bailliste ne dérive pas de la même source que ceux que l'ancienne jurisprudence comprenait dans ses catégories? Est-il en notre pouvoir d'empêcher que le Code civil ait rendu absolu, de relatif qu'il était auparavant, un droit imposé sur la chose pour l'utiliser dans l'intérêt du maître bien plutôt que pour la démembrer? Pouvons-nous faire qu'un droit qui met une chose en valeur dans l'intérêt du propriétaire, et lui assure le moyen d'en percevoir les fruits, soit un véritable démembrement de la chose, dans le sens qui jusqu'à ce jour a été attribué à ce mot? Pouvons-nous faire, d'un autre côté, qu'un droit que les tiers sont obligés de respecter ne soit pas un droit réel, ou, en d'autres termes, un droit absolu?

Je sais que je suis le premier écrivain qui soutienne que le bail est, sous le Code civil, la source d'un droit réel. MM. Delvincourt (2), Proudhon (3), Duranton (4), Toullier (5), se sont même élevés avec force contre toute idée de droit réel appliqué au contrat de louage. Mais malgré toute l'autorité qui s'attache aux opinions réunies de ces savants auteurs, je n'en persiste pas moins à penser que mes assertions n'ont rien de hasardé, et qu'elles trouvent dans l'art. 1743 un fondement inébranlable.

Voyons leurs principales objections. Commençons par M. Proudhon.

« Si, dit-il, le bail n'est pas résolu aujourd'hui comme il l'était anciennement, par la vente du fonds, ce n'est pas que le preneur ait véritablement un droit réel en vertu duquel il puisse suivre la chose comme sienne sous le rapport du domaine utile, et la revendiquer entre les mains du tiers acquéreur; mais c'est seulement parce que les auteurs de l'art. 1743 ont voulu que l'aliénation du fonds affermé ne fût consentie ou *censée consentie* que sous la condition que le tiers acquéreur y stipulât, ou *fût censé y avoir stipulé* l'obligation personnelle d'entretenir le bail, ce qui donne bien au fermier un droit de rétention sur la jouissance, mais non un droit réel. »

Mais cette explication me paraît bien faible. Avec le raisonnement de M. Proudhon, je vais vous prouver que le droit de servitude, le droit d'hypothèque, le droit de résolution ne sont pas des droits réels, et il me suffira de dire qu'on ne peut les exercer contre tous que parce que la loi présume que les sous-acquéreurs sont censés avoir consenti à les respecter. Passez-moi ce sous-entendu, et j'effacerai même de nos Codes tous les droits réels : je n'aurai besoin que de supposer un engagement tacite (6)!!!

Mais il ne saurait en être ainsi.

Voulez-vous savoir la véritable raison de cette obligation qui vient se présenter à tous les tiers détenteurs comme une loi inévitable? Voulez-vous savoir pourquoi le Code civil l'imprime par une force tacite sur la tête des sous-acquéreurs? C'est que l'art. 1743 a fait du bail un droit réel; car une obligation n'est si généralement, si invariablement sous-entendue, que lorsque le droit auquel elle correspond est absolu. Or s'il est absolu, il est réel (7) : il n'y a pas de milieu.

M. Proudhon voudrait ensuite qualifier le droit du fermier de droit de rétention sur la jouissance. Mais c'est trop peu dire. Nous verrons, en commentant l'art. 1743, que le fermier peut revendiquer son droit alors même qu'il n'a pas encore été mis en possession. D'ailleurs le droit de rétention est autre chose que ce que M. Proudhon le fait ici : il n'est qu'une exception bonne à opposer au débiteur ou au propriétaire de mauvaise foi qui veut reprendre sa chose sans payer ce qu'il doit (8). Est-ce là la position du fermier et du sous-acquéreur?

Et puis, que de contradictions de la part de notre auteur!!! Si le tiers détenteur est

(1) Tome III, p. 293; note n. 4.
(2) T. III, p. 185 (note 2), 188 (note 5), 198 (note 5).
(3) *Usufruit*, t. Ier, no 102.
(4) T. IV, no 73, et t. XVII, no 139.
(5) T. III, no 388.
(6) V. Troplong, comm. *de la Vente*, t. II, no 629. L'auteur y combat un argument semblable de M. Poncet sur une question analogue.
(7) M. Blondeau, *Chrest.*, t. Ier, p. 187.
(8) *Nouv. Comm. des Hypothèques*, t. Ier, no 256 et suiv.

obligé, par une convention tacite, à entretenir le bail, est-ce qu'il est nécessaire de recourir au droit de rétention pour expliquer la persistance du bail? Ou bien si le bailliste n'a qu'un droit de rétention, n'est-ce pas reconnaître que le tiers acquéreur n'est pas tacitement obligé à le faire jouir du bénéfice de son contrat?

M. Proudhon ajoute enfin que, dans l'ancienne jurisprudence, l'acquéreur d'un bien appartenant au fisc était tenu de plein droit de l'entretien du bail ou des indemnités du fermier, s'il voulait le faire sortir, et que cependant jamais il n'était venu dans la pensée de personne de considérer le droit du bailliste comme réel (1).

Mais la loi 50 D. *de jure fisci*, qui a fourni à M. Proudhon cette objection, me paraît porter avec elle-même les moyens de la réfuter. Elle contient une décision de l'empereur Antonin Caracalla sur un cas privilégié, et cette décision, quoique rendue d'après le conseil de Papinien, n'était, au jugement de Cujas, qu'un acte de faveur au profit du fisc, *nova et inaudita sententia* (2). Voulant empêcher, en effet, que le fisc ne fût exposé à un recours en dommages et intérêts de la part du fermier expulsé, la loi 50 D. *de jure fisci* suppose qu'il est intervenu entre le fisc et son acquéreur une convention tacite de ne pas expulser le fermier (3). Mais quoi de plus contraire à la vérité des faits et à la nature du contrat de bail dans le droit romain, que cette supposition gratuite? Aussi Cujas dit-il que l'empereur, en adoptant cette invention de Papinien (4), ne fit qu'agir dans un esprit de faveur pour son propre fisc, *et ità fisco suo favit*. On peut bien penser que ce précédent ne fut pas perdu pour les partisans du fisc, et que désormais les acquéreurs des domaines fiscaux furent tacitement grevés de la charge d'entretenir les baux. Mais ce n'était là qu'une exception, et M. Proudhon conviendra avec moi qu'entre un droit absolu, comme celui que le droit nouveau donne au fermier, et le droit relatif accordé par le droit romain en vertu d'un privilége spécial au bailliste du fisc, il y a une immense différence. Supposez en effet que l'acquéreur du fisc eût revendu, que serait devenu le bail? N'aurait-il pas été résolu? Était-il donc possible de voir un droit réel dans cette position purement relative?

Un autre professeur, M. Duranton, a cherché à enlever au bail tout effet réel, en comparant les définitions du bail et de l'usufruit, données par les art. 1709 et 578. «L'usufruit, dit-il, est un *droit de jouir comme le propriétaire lui-même*. Au contraire, le contrat du bail n'oblige le bailleur qu'à *faire jouir* le preneur. L'usufruitier n'a donc pas besoin qu'on *le fasse jouir* comme le fermier. Il jouit de lui-même en vertu de son droit sur le corps de la chose, il jouit comme le propriétaire; au lieu que l'obligation du bailleur n'est pour le preneur qu'une *créance indéterminée*, consistant uniquement dans le droit qu'elle lui donne de le contraindre à le *faire jouir*, à le mettre à même de percevoir les fruits de la chose louée, ou à payer des dommages-intérêts, droit par conséquent mobilier, puisque ces fruits ou ces dommages-intérêts sont des choses mobilières (5). »

Mais il me semble que cette argumentation est loin d'être convaincante.

D'abord, M. Duranton n'a vu, dans la définition du bail donnée par l'art. 1709, que ce que Pothier apercevait dans la définition conforme qu'on trouve dans ses écrits. Mais, pensons-y bien, l'art. 1743, combiné avec l'art. 1709, ouvre des aperçus tout nouveaux. Il donne au bail des effets ignorés de Pothier. Il abolit un principe fondamental dans l'ancien droit, savoir : que le bail ne liait pas les tiers détenteurs. Or ce changement est-il si peu de chose qu'il doive passer inaperçu?

Pourquoi Pothier réduit-il le droit du fermier à *une simple créance personnelle?* (Ce sont ses expressions (6). Pourquoi le classe-t-il dans une catégorie autre que l'usufruit, l'emphytéose, le bail à longues années? Parce que ces titres créent des droits qu'on peut réclamer, en quelques mains que l'héritage passe. Tandis que, d'après la fameuse loi *emptorem*, Code *de loc. cond.*, le tiers détenteur peut expulser le fermier.

Mais, puisqu'aujourd'hui le bail suit l'immeuble, et ne peut en être détaché, n'est-il pas inexact de réduire le droit du fermier à un droit de créance? Ce droit n'est-il pas devenu quelque chose de plus ferme et de plus stable, et n'est-il pas dangereux de se laisser dominer par les doctrines de l'ancienne jurisprudence (7)?

Nous soutenons donc que l'art. 1709, quoique copié dans Pothier, a, par son rap-

(1) V. Despeisses, t. I[er], p. 69 *sexto*.
(2) Sur la loi 50 *de jure fisci*, p. 1595.
(3) *Atque*, dit-elle, *si hoc ipsum in emendo convenisset*.
(4) Papinianus *hanc* NOVAM *sententiam* EXCOGITAVIT. (Cujas, *loc. cit.*)
(5) T. IV, n° 73.
(6) Communauté, n° 71.
(7) Id. V. aussi *Louage*, n° 288.

port avec l'art. 1743, un sens fort différent de celui qui avait frappé l'esprit de ce jurisconsulte. Il faut le lier aux nouveaux principes que le C. civil a consacrés, et c'est le cas d'appliquer ici ce que j'écrivais dans la préface de mon commentaire *de la prescription :* « Quand une idée passe du domaine » des opinions dans le domaine de la loi, » mille intérêts imprévus viennent s'y rattacher et s'y confier... Ils lient les différentes » matières traitées successivement par le » législateur et puisées à des sources diverses » pour les limiter, les balancer, les modifier » les unes par les autres, et bientôt voilà des » systèmes nouveaux et inaperçus qui s'échappent à l'envi de la formule légale, bien » étonnée peut-être de se trouver si féconde. » C'est qu'une opinion, en passant dans un » code, y contracte des alliances intimes que » développent en elle des germes mystérieux » que l'isolement eût laissés stériles (1). »

Ceci posé, voyons si la différence des articles 578 et 1709 peut influer sur la solution que nous recherchons. Je ne le crois pas.

De ce que les définitions de l'usufruit et du bail ne sont pas semblables dans le Code civil, tout ce qu'il faut en conclure, c'est que le bail est distinct de l'usufruit, et que l'un ne doit pas être confondu avec l'autre. Mais qui donc songe à les assimiler? Est-ce que nous voulons prétendre que le fermier a le droit de jouir comme le propriétaire?

Ensuite je crains que M. Duranton n'attribue des effets trop magnifiques à ces mots de l'art. 1709, *faire jouir,* opposés à ceux de l'art. 578, *droit de jouir* (2). Si le bailleur est tenu de faire jouir le preneur, c'est probablement que ce dernier a un droit de jouir, car toute obligation suppose un droit corrélatif; l'art. 1709 n'a pas défini le droit du fermier; il s'est borné à formuler l'obligation du bailleur. Mais spécifier l'obligation, c'est du même coup spécifier le droit, puisque l'obligation n'est que la contre-partie du droit. Je dis donc que, dès l'instant que le bailleur est tenu de faire jouir le fermier, ce dernier a un droit de jouir. Seulement ce droit n'est pas aussi étendu que celui de l'usufruitier; il en diffère même sous des rapports très-graves. Mais qu'importe à notre question?

Eh bien! ce droit de jouir, du bailliste, à quelle classe le rapportons-nous? Est-il réel? est-il personnel? Sans doute Pothier avait raison d'enseigner, de soutenir qu'il ne constituait qu'une créance personnelle, parce qu'alors il n'engendrait pas un droit de suite. Mais aujourd'hui les mots *faire jouir*, de l'art. 1709, ont une signification beaucoup plus large. Ils ne restreignent pas le droit du bailliste à une créance personnelle, puisqu'il a un droit contre les tiers avec lesquels il n'a pas contracté.

M. Duranton insiste beaucoup sur ce que le droit du fermier, étant un droit aux fruits, n'est pas immobilier. Accordons-le pour le moment, sauf à discuter plus tard.

Mais à mon tour j'objecterai que ce n'est pas une raison pour dire que le fermier n'a pas un droit réel; il y a des droits mobiliers qui ont, pour plus de garantie, un droit de suite qui les accompagne. L'hypothèque, par exemple, est un droit réel attaché à des droits mobiliers pour leur donner sûreté et protection. Le droit de revendiquer un meuble volé entre les mains des sous-acquéreurs, est tout à la fois mobilier et réel (3). Enfin, pour citer une autorité non suspecte à M. Duranton, je dirai que M. Proudhon, qui se rencontre avec lui dans le même système, reconnait cependant que les baux à longues années, quoique ne créant à ses yeux que des droits mobiliers, engendrent cependant un *droit réel acquis pour une garantie plus rigoureuse de l'exécution du bail* (4).

Embarrassé par l'art. 1743 du Code civil, M. Duranton croit échapper à cette disposition si grave en répondant qu'elle a été introduite en faveur de l'agriculture, mais non pas pour changer les anciens principes sur la nature du louage. Explication insuffisante et vaine! Eh! que m'importe que ce soit l'intérêt de l'agriculture qui ait dirigé le législateur? Qui m'empêche de dire que c'est dans l'intérêt de l'agriculture qu'il a accordé au bail la puissance toute nouvelle d'engendrer le droit réel? Ensuite, remarquons-le, le bail à loyer est étranger aux intérêts de l'agriculture; et cependant le sous-acquéreur d'une maison est obligé de respecter le bail établi sur la chose!

Il me reste à parler de l'opinion de M. Toullier, la plus rapprochée de toutes de celle que je soutiens, mais la plus difficile à comprendre cependant; car après avoir entrevu le grave changement opéré par l'art. 1743,

(1) P. vij.

(2) La clause : *Promettre de faire jouir*, se rencontrait jadis dans tous les baux à rente, qui cependant transféraient la propriété. (Rép., v° *Vigne*, p. 580, col. 2.)

(3) V. Troplong, commentaire *de la Prescription*, art. 2279.

(4) *Usufruit*, t. Ier, n. 102.

après avoir concédé qu'aujourd'hui le bail a un *droit de suite* et un *caractère de réalité* dont il était dépourvu auparavant, M. Toullier rebrousse brusquement chemin et finit par conclure avec Pothier que le droit du fermier n'est pas un droit réel (1). Écoutons-le parler : « Suivant le Code civil, il n'en est plus ainsi. Les baux authentiques ont acquis un *caractère* de RÉALITÉ qu'ils n'avaient pas autrefois, puisqu'ils ne sont pas résolus par le changement de propriétaire, même à titre singulier. Le droit du fermier SUIT *l'héritage* en quelques mains qu'il passe. En cela notre nouvelle législation est plus conforme au principe que personne ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même. Aujourd'hui le fermier, comme l'usufruitier, *peut exercer son droit* contre tout possesseur de l'héritage, quel qu'il soit. *C'est un des caractères du droit réel.*

» Néanmoins, le droit du fermier n'est pas un droit réel, et en cela il diffère essentiellement du droit de l'usufruitier. »

J'avoue que cette conclusion me confond d'étonnement. Quoi donc! le bail a acquis un caractère de réalité, et il n'engendre pas le droit réel ! Il est armé du droit de suite, *l'un des caractères du droit réel,* et il n'est pas droit réel!

M. Toullier convient que l'art. 1743 a voulu rester fidèle au principe qu'on ne peut transférer à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même, et en cela il a parfaitement aperçu la raison décisive de cette disposition. Mais c'est ce qui aurait dû lui prouver que sa conclusion est irrationnelle. En effet, l'acquéreur ne succède jamais aux obligations personnelles du vendeur; il ne succède qu'aux charges réelles. Si donc il est tenu de respecter le bail, c'est sans doute parce qu'entre les mains du vendeur il est une charge de la propriété et non pas seulement une créance personnelle. Or, s'il est chargé de la propriété, il est droit réel. Il n'y a pas moyen d'échapper à cette conséquence.

Maintenant faisons un pas de plus, et voyons si le droit du bailliste est mobilier ou immobilier. Je sais que je vais encore choquer des opinions respectables et accréditées depuis longtemps. Mais pourquoi hésiterais-je à soumettre au public éclairé mes dissentiments et mes doutes? Une idée consciencieuse a toujours droit à son attention et à son impartialité.

Or il me semble que le droit du fermier est, sous le Code civil, un droit immobilier. La raison en est simple. Le bail donne le *jus in re*. Il s'imprime sur la chose et la suit malgré les sous-aliénations : donc il est immobilier comme la chose à laquelle il s'applique.

J'exposais tout à l'heure que le bail est un mode d'exploitation (2). En suivant cette idée, on pourrait dire que le bail, ayant pour but de faire sortir de la chose son produit net, peut être comparé à un levier que l'industrie attacherait au sol pour l'exploiter. Ma machine est immeuble comme l'usine dont elle active le service (3). Pourquoi le droit du bailliste, qui applique à la chose sa force industrielle, serait-il d'une nature différente, puisque c'est au moyen du droit qui lui est concédé que la chose est mise en valeur, et qu'elle devient productive? Je sais que la comparaison que je fais n'est pas rigoureusement exacte. Elle est plus métaphorique que juridique. Aussi ne l'ai-je employée que pour donner une couleur plus pittoresque à ma pensée. Mais, pour en revenir à un langage plus scrupuleux, n'est-il pas certain que le droit du bailliste, restant incorporé à l'immeuble pour le suivre au milieu de tous ses déplacements, doit participer de sa nature et prendre place parmi les droits immobiliers (4)?

Les principes de l'ancienne jurisprudence (5) seront en vain conjurés contre moi. Je les repousse comme étant sans force depuis que le Code a fait du droit du fermier quelque chose qui survit à l'aliénation de l'immeuble, et subsiste sans contrat à l'égard des tiers.

Qu'on ne dise donc pas avec Pothier que la créance du fermier ou du locataire n'a pas pour objet la métairie même ou la maison même (6). Le droit de suite dont le bail est investi prouve évidemment que le fermier et le locataire ont une action dont l'objet est de réclamer l'immeuble pour s'y implanter en la qualité qui leur appartient.

Qu'on n'ajoute pas, avec le même auteur, que l'action du fermier n'a pour objet que d'être mis à même de percevoir les fruits, lesquels, devenant meubles par la perception, la forcent à se contenter d'un droit

(1) T. III, n. 388.
(2) N. 6.
(3) Art. 524.
(4) Ce que dit Pothier du *jus in re* dans un héritage, *Communauté,* n. 68.

(5) Pothier, *idem*, n. 71 ; et sur *Orléans,* n. 53, de l'*Introduction générale*.
(6) *Introduction générale à la coutume d'Orléans*, n. 53, et *Traité des choses*.

mobilier, c'est-à-dire d'un droit qui tend à acquérir des meubles. Car je réponds que ces fruits ne sont aujourd'hui que le produit d'un droit supérieur qui survit à chaque récolte, et qui, bien différent de celui que sanctionnait l'ancienne jurisprudence, enveloppe l'immeuble, y adhère et le suit pendant toute la duré du bail (1).

Enfin, qu'on cesse de se rendre l'écho de cette assertion de Pothier, que la créance du fermier n'a pour objet qu'un fait. Aujourd'hui cette créance est plus large; elle donne au fermier ou au locataire le droit d'exiger la délivrance de la chose même pour en jouir conformément à son titre. Si la créance du bailliste n'était que d'un fait convenu, il ne pourrait l'exiger d'un tiers qui n'en aurait pas contracté l'obligation. Le droit de suite, tendant à être mis en possession et à jouir de la chose, n'est-il pas la démonstration claire et palpable qu'il y a dans le droit du bailliste autre chose qu'une créance de faire?

M. Duranton nous arrête pour nous dire que l'art. 526, qui énumère les biens qui ont la qualité d'immeubles civils sans y comprendre le bail, s'oppose à notre système (2). Mais, pour échapper à cette objection, je n'ai qu'à citer M. Duranton lui-même : « L'article 526, dit-il quelque part, *n'est pas conçu dans un sens restrictif;* autrement, il faudrait dire, contre tous les principes, que les droits d'usage et d'habitation (dont il ne parle pas non plus) ne sont pas des droits réels immobiliers (3). » Et en effet M. Duranton démontre très-bien que l'emphytéose qu'il plairait aujourd'hui à un particulier de constituer sur son héritage serait un droit réel et immobilier, et cependant l'art. 526 ne dit rien de l'emphytéose!

On pourra peut-être s'emparer d'un argument d'une autre nature, emprunté à M. Proudhon. On a vu tout à l'heure que cet auteur, forcé de reconnaître que, dans l'ancienne jurisprudence, le bail à longues années investissait du droit réel, cherchait cependant à concilier ce caractère avec celui de ce droit mobilier, en disant que le droit de suite n'était, comme l'hypothèque, qu'une force accessoire donnée à la créance; mais qu'en elle-même la créance était mobilière, puisqu'elle aboutissait à un partage de fruits (4).

Je crois qu'il ne sera pas bien difficile de prouver que cet aspect de la question n'est qu'une trompeuse illusion. D'abord, M. Proudhon heurte de front les principes constamment enseignés par les anciens auteurs, qui s'accordent unanimement à reconnaître que le bail à longues années était tout à la fois réel et immobilier. Pothier en est la preuve. Aussitôt qu'il aperçoit dans un bail le cachet du droit réel, il en conclut que le bail engendre un droit immobilier (5). Et la raison en est simple : c'est que toutes les fois qu'on a un droit dans un héritage, ce droit suit la nature de l'héritage, et est comme lui de la classe des biens immeubles (6).

Sous un autre rapport, l'effort de M. Proudhon pour séparer l'émolument du droit réel reste tout à fait impuissant, et sa comparaison avec une créance hypothécaire est fautive. L'hypothèque n'est que l'accessoire de la créance d'une somme d'argent; elle n'est qu'un secours éventuel pour obtenir forcément, s'il y a lieu, le payement d'une chose mobilière. La créance de cette somme mobilière ne vit pas par l'hypothèque; elle a une existence à part, tellement que si la chose hypothéquée vient à périr, la créance n'en subsiste pas moins. Mais la créance du bailliste est immobilière principalement et par sa nature, puisqu'elle a pour but de lui procurer la détention de l'héritage, la jouissance physique et l'immeuble même. Le bailliste est inséparable de l'immeuble; il y est attaché, si je peux ainsi parler, comme une machine l'est à une usine. Que l'immeuble vienne à périr, et son droit de jouissance est anéanti : tant il est vrai que ce droit est lié à l'héritage lui-même, et ne peut vivre que dans le cercle d'intérêts immobiliers.

Ensuite, prenez dans ses conséquences le système de M. Proudhon, et il ne vous sera pas difficile de prouver que l'usufruit, le droit d'usage, le droit d'emphytéose ne sont pas des droits réels. Mais qu'en penseront ceux qui veulent rester fidèles aux principes?

Je m'attends à ce qu'on me dise : Puisque, d'après vous, le bail crée un droit immobilier, suivez les conséquences de cette idée. Qu'en résultera-t-il? qu'un tuteur ne pourra donner à bail les immeubles de son pupille; qu'un mari ne pourra pas affermer ceux de sa femme; qu'ils ne pourront concéder la résiliation de ces baux; que même le bail

(1) On peut repousser par le même moyen ce que disait Pothier du locataire d'une maison, qui n'avait qu'une créance en dommages-intérêts.

(2) T. IV, n. 73.

(3) *idem*, n. 80.

(4) Il semble que ce soit aussi l'idée de M. Toullier, t. VI.

(5) Communauté, n. 71.

(6) *idem.*, n. 68.

sera susceptible d'être hypothéqué comme l'usufruit. Or ces conséquences sont-elles admissibles? ne heurtent-elles pas les principes les plus élémentaires du Code civil?

Mais raisonnons, s'il est possible, et ne nous effrayons pas.

Le bail, quoique accordant au fermier un droit dans la chose, n'est cependant pas un vrai démembrement de la propriété, puisqu'il est destiné à en retirer le produit net. On n'aliène pas en passant bail de ses héritages: on les met au contraire en valeur; on administre en bon père de famille. Il suit de là que le tuteur et le mari peuvent, en principe, donner à bail les immeubles du pupille et de la femme, sans avoir besoin des autorisations nécessaires pour aliéner: c'est ce que les lois reconnaissent formellement, et je ne vois pas qu'en accordant ce pouvoir d'administration aux tuteurs et aux maris, elles se soient mises en contradiction avec nos idées; car, il ne faut pas l'oublier, si le bail est une charge réelle et immobilière de l'immeuble, il n'est pas, comme les autres droits qui participent de cette double nature, une charge qui démembre et qui appauvrit: il est une charge qui féconde, il est un élément de production.

Mais comme on abuse des choses les plus utiles, et que les tuteurs et les maris pourraient concéder des baux excessifs pour la durée, ou grever l'avenir de la femme par des engagements qui ôteraient à ses héritages leur liberté, certaines restrictions ont été mises au droit des tuteurs et des maris. Nous nous en occuperons dans les commentaires de l'art. 1718. Mais, en thèse générale, ils peuvent passer des baux d'une durée ordinaire; cette règle se concilie avec nos idées tout aussi bien que l'exception qui la limite. Dans un cas comme dans l'autre, notre théorie se présente homogène et rationnelle, tandis que celle de nos adversaires vient sans cesse échouer contre la disposition de l'article 1743, dont il leur est impossible de donner une interprétation logique.

Et comme celui qui a eu qualité pour concéder bail d'un héritage a aussi mission pour en demander la résiliation, s'il y a lieu, il s'ensuit que le tuteur et le mari pourront introduire une action en justice pour faire résoudre le bail que le fermier ou le locataire n'exécuteraient pas. On n'opposera pas au tuteur l'art. 464 du Code civil, car l'art. 1718, combiné avec les art. 1429 et 1430, le rend inapplicable. On dissout une convention de la même manière qu'on la contracte (1).

Maintenant craignez-vous que le bail, converti en droit réel immobilier, ne soit susceptible d'hypothèque, contre tous les principes admis jusqu'à ce jour? Je vous répondrai d'abord que tout immeuble civil n'est pas susceptible d'hypothèque, témoin les servitudes, les droits d'usage et les actions en revendication d'un immeuble. J'ajouterai que le bail n'est pas ce qu'on peut appeler un *bien* immobilier, car, en déduisant les frais de culture et le canon dû au maître, on ne voit pas trop quelle valeur intrinsèque il peut avoir. Quel est le but du bail? C'est de faire passer entre les mains du propriétaire le produit net de la chose. Quant au fermier, ce qu'il retire, c'est le salaire de son travail et l'indemnité de ses avances. Où est donc l'émolument appréciable du bail, déduction faite du loyer, ou du fermage dû au maître et des impenses pour exploitation? En thèse générale, on ne l'aperçoit pas, d'autant que les propriétaires sont très-attentifs à ne laisser que la moindre part possible au fermier. En supposant même que le bas prix du bail laisse au fermier quelques bénéfices, comment les apprécier? comment les dégager sûrement de la part du propriétaire et des frais de culture? Il est évident que l'émolument que le bail offrirait à celui qui le prendrait à hypothèque ne serait jamais certain (2), et que l'hypothèque manquerait d'une assiette fixe.

De toutes ces considérations, nous pouvons conclure avec quelque assurance que, d'après le Code civil, le bail engendre au profit du fermier un droit réel immobilier. L'opinion contraire ne nous semble qu'un débris de l'ancienne jurisprudence et un préjugé qu'il faudrait savoir repousser.

DISSERTATION POUR LA NÉGATIVE,

PAR M. BELLOT DES MINIÈRES (3).

Est-il vrai, comme le prétend M. Troplong, que le bail, sous notre Code civil, constitue *un droit réel immobilier?*

(1) Articles 1429, 1430 et 1718, Code civil.

(2) *V.* Troplong, *Comm. des Hypothèques*, t. II, nº 406.

(3) L'opinion de M. Bellot des Minières est partagée par M. Duvergier qui a fait insérer sa dissertation dans le journal *le Droit*. — Nous allions la reproduire, quand nous nous sommes aperçu qu'elle se trouvait dans le *Traité du Louage* de cet auteur, nº 280, page 76 de l'édition belge. (*Le Droit civil français*. — Continuation par M. Duvergier, t. X.)

Cette question est d'un grand intérêt. Si le bail constitue un droit réel immobilier, voici des conséquences qui en découlent : si le preneur fait un legs mobilier et un legs immobilier, c'est dans ce dernier legs que tombe le bail non encore expiré; si le preneur se marie sous le régime de la communauté légale, et qu'il décède avant l'expiration du bail, ses héritiers auront seuls droit à ce bail, car seuls ils ont droit aux propres du défunt : l'action possessoire appartiendra au fermier ou locataire, comme à l'usufruitier; celle en résiliation du bail sera immobilière, puisqu'un droit immobilier en sera l'objet, et le mari, le tuteur, le mineur émancipé, qui n'ont que l'action mobilière, ne pourront ni l'introduire ni y défendre.

C'est du droit du preneur que nous venons de parler : celui du bailleur ne sera pas d'une nature différente; car, si le preneur acquiert un droit immobilier, le bailleur confère nécessairement un droit immobilier. Revendiquer ce droit, je veux dire en demander la résiliation, c'est donc exercer une action immobilière. Supposez une femme qui aurait elle-même affermé ses biens, et qui se marie ensuite sous le régime dotal, en se constituant tous ses biens en dot : si le bail est autre chose qu'un simple acte d'administration, le mari n'a pu le résilier; et si le mariage se dissout avant l'époque fixée pour la durée du bail, le résiliement ne pourra être opposé à la femme, dont les biens sont inaliénables. Considéré même comme simple droit immobilier, le bail ne pourrait être aliéné : la cour de cassation a jugé avec raison que la dot mobilière est inaliénable.

Voilà quelques-unes des conséquences qu'entraîne la doctrine de M. Troplong, conséquences, il faut le dire, qu'il n'a pris aucun soin d'examiner. Cependant il ne suffit pas de créer un principe, il faut voir où il conduit, et quand c'est à l'absurde, il faut le rejeter.

Il est vrai que M. Troplong établit que le mari et le tuteur, pouvant consentir des baux, ont par cela même le droit de les résilier et de plaider pour leur maintien ou leur résolution. Je ne dis pas le contraire; mais la question est de savoir si la capacité qu'il leur accorde, à cet égard, est compatible avec le principe qu'il a posé. Sans contredit, le mari comme le tuteur peut consentir un bail de neuf ans. Il en est de même du mineur émancipé, du prodigue et de la femme séparée; mais si, ce que je suis bien loin d'admettre, le bail constitue un droit réel immobilier, il est sensible que ces personnes consentent des aliénations immobilières en souscrivant ces baux, et que ce n'est que par exception à la règle générale que la loi leur a donné ce pouvoir. Or le propre d'une exception est de se renfermer dans son cas. La loi n'ayant pas dit que les maris, tuteurs et mineurs émancipés pourraient résilier les baux qu'ils ont consentis, la loi leur ayant, au contraire, formellement interdit le contrat immobilier, il faudrait nécessairement décider qu'ils n'ont pas le pouvoir de résilier. Ce n'est qu'en règle générale que les contrats se dissolvent de la même manière qu'ils se forment. Un mineur émancipé peut bien, avec l'assistance de son curateur, accepter une donation; avec cette même assistance, il ne pourrait cependant anéantir la donation. Qu'on remarque donc bien que l'action, comme le contrat de résiliement, aurait le véritable caractère immobilier. Quel est, en effet, l'objet du résiliement? C'est d'effacer le *jus in re*, le droit immobilier du preneur; c'est de rentrer dans la propriété ou partie de propriété qu'on avait aliénée. Ce n'est pas une somme d'argent qu'on recouvre ou qu'on réclame. S'il s'agit d'anéantir un contrat, il s'agit principalement de rentrer dans un bien. Or de telles actions, de tels contrats excèdent toujours la capacité du simple administrateur. Par rapport au preneur, point de doute, l'action serait immobilière, puisqu'il s'agit pour lui de perdre ou de conserver un droit immobilier.

Il en doit donc être de même par rapport au bailleur, car il s'agit aussi pour lui de rentrer ou de ne pas rentrer dans un droit immobilier. Le caractère immobilier ressortira bien mieux encore si nous supposons un bail consenti avant le mariage, la tutelle ou l'émancipation; car enfin, en adoptant le système de M. Troplong, il faut voir autre chose que des annuités dans un bail; il faut considérer l'héritage qui en est grevé comme propriété imparfaite dans les mains du bailleur. A cette condition, je concevrai le droit réel immobilier du preneur; mais sans cela je ne comprends rien à ce droit. C'est donc absolument comme si on eût détaché de la propriété un droit de servitude ou d'usufruit. Vainement dirait-on que les articles 1429 et 1718 protégent l'acte de résolution, puisqu'ils ne parlent que des baux faits par les maris et tuteurs. On ne peut surtout argumenter de ces articles pour prouver que les maris, tuteurs et mineurs émancipés ont l'action de résiliement, action vraiment pétitoire, et tout aussi pétitoire que s'il s'agissait de la résolution d'un droit d'usufruit, action formellement interdite aux personnes dont nous parlons, par cela seul qu'elle est immobilière. Je sais fort bien quelle est la doctrine de MM. Poncet et Carré sur le caractère des actions réelles et mixtes, mais je ne concevrai jamais qu'une action, quelle qu'elle soit, qui a pour objet, en renversant un acte,

de rentrer dans un immeuble, n'ait pas le caractère de réalité; car enfin, ce qu'on veut, c'est le bien, c'est le bien qu'on demande. Si on conclut à la résolution de l'acte, c'est parce qu'il est un obstacle à la rentrée en possession du bien; mais l'existence de l'acte ne change pas la nature de l'action. L'attaque contre l'acte n'est autre chose que le moyen d'arriver à ce but. Il y a donc au moins mélange de réalité et de personnalité.

Si, des baux où les femmes et les mineurs figurent comme bailleurs, nous passons à ceux où ils figurent comme preneurs, comment supposer que les maris et tuteurs puissent, de leur propre autorité, les priver de ce droit absolu, de ce droit réel immobilier que leur reconnaît M. Troplong? Quoi! le mari, simple administrateur des biens de sa femme, le tuteur, simple administrateur des biens et de la personne de son pupille, pourraient abdiquer un droit immobilier! Cela ne peut être, et bien évidemment les art. 1427 et 1718 ne régissent pas ce cas particulier. Ce qu'il y aurait de mieux à dire dans l'intérêt de l'opinion de M. Troplong, c'est que le mineur émancipé et le tuteur sont incapables du contrat et de l'action en résiliation. Cela doit être une conséquence nécessaire de son principe; il en faudrait dire autant du mari; cependant celui-ci ayant la jouissance des biens de sa femme, faisant les fruits siens, semble avoir un droit qui n'appartient pas aux autres: encore ce droit n'est-il pas absolu, car si le mariage est dissous avant l'expiration du bail, la femme n'est pas lésée par la résiliation consentie par le mari seul, pour les années qui restent à courir.

Mais si le tuteur et le mineur émancipé ne sont pas capables quant à cet acte, ce n'est pas précisément, selon nous, parce que le droit est immobilier: ils ne le seraient pas davantage quand il serait mobilier. Seulement l'action en justice leur appartiendrait comme mobilière: il importe donc de bien se fixer sur le caractère du bail.

Tout en disant qu'il constitue un droit réel immobilier, M. Troplong reconnaît qu'il ne démembre pas la propriété; il est vrai qu'il observe que tous les droits réels immobiliers n'emportent pas démembrement: il en donne l'hypothèque pour exemple. Si l'hypothèque était encore susceptible d'hypothèque, elle me paraîtrait un véritable démembrement; mais toute privée qu'elle soit de cet attribut, il ne m'est pas démontré qu'elle ait cessé de démembrer la propriété.

Au surplus, ce point de droit offre peu d'intérêt. Ce n'est point à l'hypothèque qu'il faut assimiler le bail, c'est à l'usufruit, à l'emphitéose. S'il a le caractère immobilier comme ces deux contrats, il est impossible de ne pas y voir un démembrement, il est impossible de ne pas y voir d'un côté le domaine direct et de l'autre le domaine utile. M. Troplong admet que l'immeuble possédé à titre d'emphitéose peut être hypothéqué; pourquoi l'immeuble affecté d'un bail et sur lequel le bailliste a un droit de jouissance ne serait-il pas également susceptible d'hypothèque de la part de ce bailliste? Que signifie donc cette réalité immobilière que lui donne cet auteur? C'est sans doute pour lui faire produire des effets, et ces effets, il ne peut à son gré les étendre ou les restreindre. Le principe admis, il faut en subir les conséquences; il dit, n° 405 de son Commentaire sur les hypothèques, que le Code civil soumet à l'hypothèque les biens immobiliers qui sont dans le commerce; que cette disposition est générale et embrasse tout: le bail en est donc susceptible, puisqu'à ses yeux il a le caractère immobilier. Il est vrai que presque aussitôt, il dit que l'emphitéose est un droit immobilier qui a une assiette fixe comme l'usufruit, et qui, bien différent du simple bail, comprend une aliénation temporaire du domaine utile; mais si le bail est immobilier, il a précisément cette assiette fixe: j'y vois malgré moi cette aliénation temporaire du domaine utile.

Je sais très-bien que M. Troplong ne fait pas du bail un *bien immobilier*, mais seulement un *droit immobilier*. Mais je ne saurais lui passer une pareille distinction: c'est un bien comme l'usufruit et comme l'emphitéose, puisque le bien se trouve divisé de la même manière. Pourquoi l'usufruit caractérise-t-il un bien immobilier? Parce que l'usufruitier jouit, que son droit est transmissible. Eh bien! le preneur ne jouit-il pas aussi? son droit n'est-il pas cessible? Est-ce une simple créance qu'il a dans le bien? Non; c'est le bien même, la chose même, une partie réelle et matérielle de la chose, qui ne ressemble en rien à la servitude ni à aucun droit incorporel. M. Troplong dira-t-il que le bail manque d'assiette, que le preneur n'a pas le domaine utile, parce qu'il n'empêche pas la jouissance du propriétaire qui tire des revenus de sa chose? Mais l'usufruit peut être constitué moyennant une rente viagère, et, dans le bail emphitéotique, le preneur paye une redevance au bailleur.

Il était difficile que M. Troplong fût conséquent avec lui-même; ne craignons pas de le dire, il était difficile que M. Troplong appuyât son opinion d'un argument assez puissant pour faire hésiter le jurisconsulte. Le seul qui ait quelque chose de spécieux, c'est qu'aujourd'hui le bailliste a le droit de suite, c'est-à-dire que le bail survit à l'aliénation du bien affermé,

sauf convention contraire; d'où ce savant magistrat a conclu que le bail est réel. Réel, oui, sous un rapport, mais pour immobilier, il ne l'est pas; il est réel en ce sens que le bailleur ayant aliéné la jouissance de son héritage, c'est-à-dire le droit de le cultiver et d'en cueillir les fruits, il était juste que le preneur pût opposer son acte aux tiers. Il suivra donc ces fruits partout où le bien passera. Mais cela prouve-t-il que le droit soit immobilier? De ce que le bail survit à l'aliénation, faut-il nécessairement en induire qu'il constitue un droit réel immobilier? De ce qu'un acte peut être opposé aux tiers, cela décide-t-il sa nature et son caractère? Mais il en est absolument de même de l'antichrèse: le créancier qui prend un bien à ce titre jouit du même droit de suite, je veux dire qu'il peut opposer son contrat aux tiers; ce contrat survit à l'aliénation. C'est ce qu'enseigne très-bien M. Duranton; mais M. Duranton n'en tire pas la conséquence nécessaire que l'antichrèse constitue un droit immobilier. Il faudrait donc aussi décider que le commodat constitue ce droit quand il s'applique à un immeuble. L'antichrésiste, le commodataire et le bailliste suivent l'immeuble, parce qu'ils ne peuvent, sans cela, opposer leur droit aux tiers, c'est-à-dire suivre la chose qui leur appartient. Mais toujours est-il que ce droit, qu'on l'appelle droit de suite ou autrement, n'est pas dans la chose, dans la propriété de l'immeuble; qu'il n'existe que quant aux fruits, aux récoltes. Sous ce rapport, ces personnes sont véritablement propriétaires, leur droit est absolu, aussi réel que celui de l'usufruitier; mais quant à la propriété même, il n'est pas absolu comme celui de l'usufruitier, ils n'ont pas, comme celui-ci, une partie de la chose; elle n'a pas été démembrée à leur profit. Ce n'est, en un mot, que l'usage de la chose qui leur a été transmis. Aussi l'action possessoire, comme l'action pétitoire, leur est-elle interdite tant en demandant qu'en défendant; c'est qu'ils ne possèdent pas, ils usent. C'est toujours le maître du fonds qui possède, puisqu'à lui seul appartient l'action possessoire. Il suit donc de là que le droit du bailliste, de l'antichrésiste, du commodataire, réel quant aux fruits, quant à l'usage, n'est cependant que *ad rem* si on l'applique au fonds.

Voyez comment la loi considère le bail dans la personne du bailleur: comme un simple acte d'administration, art. 481, Code civil. Louer, affermer, c'est effectivement administrer. Ce n'est point aliéner dans le sens juridique de ce mot. C'est aliéner, si l'on veut, pour un certain temps, l'usage et une partie du produit de la chose. Mais il n'y aurait pas d'administration possible si on ôtait à l'administrateur une pareille faculté. Peut-on raisonnablement voir autre chose qu'un acte d'administration dans un bail consenti par un curateur à succession vacante? M. Troplong reconnaît très-bien que louer et affermer n'est qu'administrer; que résilier un bail, plaider sur le maintien ou la résolution d'un bail, c'est administrer encore; mais louer et affermer, résilier et plaider serait nécessairement autre chose qu'administrer, si le bail constituait un droit immobilier. Car enfin, la seule raison nous dit que le preneur ne peut avoir un droit réel immobilier sans que le bailleur cède un droit réel immobilier, et les droits réels immobiliers sont tous en dehors de la capacité du simple administrateur.

Si le bail, dans la personne du bailleur, n'est qu'un acte d'administration, quel caractère a-t-il dans la personne du preneur? C'est une acquisition si l'on veut, l'achat d'un droit, mais d'un droit mobilier, d'un droit à la chose, à l'usage de la chose, au produit annuel ou périodique de la chose. Recherchez en lui les attributs du propriétaire, vous les trouverez, mais seulement quant aux produits que le bail lui départit. Lui enlève-t-on sa récolte, il agit *de suo*, art. 1725; son action est recevable; elle est réelle, mais mobilière. S'agit-il au contraire du fonds, c'est-à-dire un tiers prétend-il un droit sur la chose louée, il est sans qualité: tout ce qu'il peut faire, c'est de rester dans l'instance pour veiller à ses droits; mais le débat est entre le propriétaire et le tiers. (Même art. 1725 et 1727 combinés.) Il en est de même de l'antichrésiste et du commodataire, incapables de soutenir une action possessoire. Supposons que le bailleur paye une indemnité au preneur, elle sera mobilière et tombera dans sa communauté légale, quand même le bail serait antérieur à son mariage. Que perd-il en effet en résiliant le bail? Un héritage? Non; mais des récoltes, mais l'usage d'une maison, d'un pré, etc., etc. M. Troplong aurait dû s'expliquer sur l'action qui appartient au fermier. Comme je l'ai déjà observé, il a posé le principe, mais n'en ayant pas déduit les conséquences, on ne peut savoir sa pensée sur les points les plus importants.

Nous avons dit que pour celui qui donne à bail, l'acte n'est que de pure administration; l'art. 481 est assez formel à cet égard. Combinez les art. 1428 et 1429, vous verrez encore que le droit de louer et affermer les biens de la femme dérive, chez le mari, du seul titre d'administrateur. Enfin la loi refuse au tuteur, au mineur émancipé, au prodigue, au curateur à succession, le droit absolu de disposer même des droits mobiliers, et cependant ils peuvent consentir des baux de 9 ans:

c'est donc que cet acte n'est que de pure administration. Mais de la part de celui qui prend à bail, c'est autre chose qu'un acte d'administration, c'est acquérir, c'est s'engager à payer des sommes, à remplir de nombreuses obligations. C'est non pas administrer, mais spéculer, se livrer à une industrie. Cependant celui qui prend une maison à loyer, pour se loger ou exercer sa profession, ne me paraît faire qu'un acte d'administration. Le mineur émancipé qui se met au loyer, régissant sa personne comme ses biens, ne fait pas un acte aussi important que celui qui se charge d'une ferme; aussi le tuteur ne pourrait affermer dans l'intérêt du mineur et faire valoir de la sorte les capitaux de son pupille. Il pourrait au contraire louer une maison pour l'habitation de l'interdit dont la tutelle lui est confiée. Pourrait-il résilier le bail qu'il régit au nom du mineur? Je ne le pense pas. Résilier, de la part du bailleur, c'est toujours administrer; résilier, de la part du preneur, c'est, à mon sens, faire acte d'aliénation, c'est briser un contrat qu'il avait souscrit non comme administrateur, mais comme spéculateur, comme exerçant une profession, une industrie. Néanmoins si le bail était à loyer, c'est-à-dire pour le logement de la personne, comme il est libre au tuteur de loger l'interdit où il juge à propos, il n'y aurait de sa part qu'acte d'administration en résiliant le bail. Il en serait de même en sous-affermant. Sous-affermer, c'est administrer : c'est se rendre bailleur.

Mais de ce que le bail à ferme sort pour le preneur de la classe des actes d'administration, je ne le mettrai pas pour cela dans celle des actes immobiliers, et l'action qu'il intentera au rang des actions immobilières. Cette action ne peut être que mobilière, puisqu'elle ne s'applique qu'à des choses mobilières. Le louage, dit l'art. 1709, est le contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose, moyennant un certain prix; l'art. 1709 porte que le bailleur est tenu d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée. C'est donc l'usage, la jouissance de la chose que paye le preneur.

Sans contredit, il y a quelque affinité entre le bail et l'usufruit; mais en combien de points ne diffèrent-ils pas? L'usufruit est un véritable démembrement: l'un a la nue propriété, l'autre a la possession. En matière d'usufruit, il n'y a point de jouissance pour le propriétaire du fonds; au contraire, elle existe pour le bailleur: il jouit puisqu'il perçoit les revenus de la chose. Aussi, à proprement parler, le preneur n'a-t-il ni jouissance ni possession. Celui qui jouit réellement, c'est le bailleur; et c'est sa jouissance qu'il cède, moyennant une prestation annuelle, quelquefois en argent, souvent en nature. Or c'est bien jouir que de percevoir les jouissances; la condition du fermier, c'est en quelque sorte de glaner sur le bien, c'est de travailler un peu pour lui, mais infiniment pour le propriétaire; c'est une sous-jouissance qui lui appartient; il ne jouit en effet que pour qui le fait jouir. L'usufruitier n'est point, vis-à-vis du nu propriétaire, qu'un possesseur précaire, mais il y a cette différence entre sa possession et celle du fermier, qu'il a l'action de maître, action que n'a pas le fermier. C'est du maître qu'il tire son droit, tandis que l'usufruitier le tire de lui-même; et s'il n'a pas le fonds, il est, comme on l'a dit, le maître de la possession. Aussi jouit-il comme le propriétaire lui-même, art. 538. Il doit bien conserver la substance de la chose, car il ne peut rendre vain le droit du nu propriétaire; mais si en cela son droit est restreint, sous tous les autres rapports il jouit comme le propriétaire lui-même; ce que ne fait pas le preneur. Aussi le droit de l'usufruitier est-il un véritable droit immobilier. S'il le cède, c'est un droit immobilier qu'il aliène, et ni le mari, ni le tuteur, ni le mineur émancipé ne pourraient plaider si ce droit devenait litigieux. Quel est, au contraire, le droit que cède le bailliste? Un simple droit mobilier, celui de cultiver, de recueillir des fruits, de se loger dans une maison. Les sous-locataires auraient-ils donc aussi un droit réel, un droit immobilier? mettra-t-on sur la même ligne et le colon partiaire et l'usufruitier? Mais je ne vois pas de raison pour que celui qui est au mois, en chambre garnie, n'ait aussi le *jus in re*, le droit immobilier dont parle M. Troplong.

M. Troplong est, sans contredit, un magistrat d'un très-grand mérite. Nous en avons trop peu de cette force, mais il a commis une erreur manifeste quand il a prétendu que le bail constitue, sous notre Code, un droit réel immobilier.

(*Le Droit, Journal des Tribunaux, etc.*)

XXVIII.

Droit commercial.

Le failli qui, en obtenant par un concordat une remise de ses créanciers, prend cependant l'engagement d'honneur d'avancer autant qu'il sera en lui le terme de payement des dividendes par lui promis, et de payer même, si sa liquidation est favorable, la portion de son passif qui lui a été remise, afin d'arriver le plus promptement possible à sa réhabilitation, peut-il être considéré comme civilement libéré au moyen du payement aux époques convenues des sommes par lui formellement promises?

PAR M. BERRYER PÈRE.

Sur le fait de la remise en lui-même, il paraît difficile dans l'espèce qu'il s'élève une controverse sérieuse. L'art. 1er du concordat l'établit dans des termes non équivoques : « Les créanciers susdits et soussignés, y est- » il dit, chacun pour ce qui le concerne, *font* » *remise* audit sieur N...., de 25 0/0 du ca- » pital de leurs créances et *de tous les inté-* » *rêts et frais.* » L'art. 3 règle les époques dans lesquelles les 75 0/0 *non remis* devront être payés; par l'art. 4 les créanciers renoncent à toutes poursuites et contraintes contre leur débiteur, et ils consentent la mainlevée de toutes oppositions et saisies, voulant que les débiteurs du sieur N.... vident leurs mains dans les siennes. Par l'art. 6 il est stipulé qu'à défaut de payement aux échéances des dividendes promis, le sieur N.... demeurera déchu du bénéfice du concordat; et, ce qui est remarquable, à la fin de l'acte, la dame N.... intervient pour garantir aux créanciers 5 0/0 du complément des 75 0/0. — Toutes ces stipulations s'enchaînent et caractérisent bien la réduction actuelle, définitive et irrévocable de la dette. — Il est dit, à la vérité, en l'art. 3, que « le sieur N.... accepte les *re-* » *mises* et délais à lui ci-dessus accordés et » s'oblige d'acquitter scrupuleusement aux » échéances les sommes non remises; il pro- » met d'*honneur,* est-il ajouté, de devancer » les termes de payement toutes les fois qu'il » se trouverait en caisse de quoi répartir 5 0/0, » comme aussi de faire jouir MM. les créan- » ciers de tout ce qu'il pourra retirer de sa » liquidation au delà des 75 0/0 promis et des » frais de liquidation, son désir étant d'arri- » ver le plus tôt possible à sa réhabilitation. » — Mais quelque imposante que soit cette promesse d'*honneur,* elle n'emporte contre le sieur N.... aucune obligation. En droit rigoureux, elle ne peut pas lui être opposée, parce qu'elle est unilatérale; parce que les créanciers ne lui ont pas fait une condition de son accomplissement. En équité même, la promesse n'acquiert consistance qu'éventuellement; elle est faite uniquement en vue de la réhabilitation du débiteur, laquelle n'a lieu que quand il acquitte le montant de ce qu'il devait originairement, tant en capitaux et intérêts que frais. Pour ce cas exprimé de la réhabilitation, l'emploi de l'actif *actuel* du débiteur, même celui de son actif *futur,* à sa

pleine libération, était sous-entendu. Ce qui en a été écrit ne change absolument rien aux conventions principales de la remise, ni à ses effets. — On trouve bien encore à la fin du concordat, par interlignes et en caractères plus serrés, à la suite du retrait à faire par le sieur N.... de l'un des doubles du concordat déposé, que ce retrait aura lieu après l'acquittement des 75 0/0 *ou du surplus, conformément à l'article* 3. Mais cette espèce de *post-scriptum* n'ajoute rien à l'acte; il renvoie à la partie de l'art. 3, qui offre aux créanciers l'expectative d'un payement intégral en cas de réhabilitation; il n'est, par conséquent, que la confirmation plus ou moins positive de la promesse éventuelle et non obligatoire du débiteur. Malgré cette insertion d'un engagement d'honneur, le sieur N...., en acquittant le dividende convenu, n'en doit pas moins jouir dès à présent de tout le bénéfice de son concordat à 75 0/0 payables. Les 25 0/0 remis sur sa dette sont effectivement *éteints* sans retour, de même que si jamais ils n'avaient été dus. Ils ne sont plus dans le cas d'être réclamés : *Remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus.* — C'est en considération des malheurs que le sieur N.... avait éprouvés, que ses créanciers lui ont accordé la modération de la somme exigible à 75 0/0. Tout retour sur un pareil pacte est impraticable. *Pietatis causâ solutum repeti non potest.* — En vain objecterait-on que chacun de ses créanciers, quoique signataire, est resté en possession des titres de sa créance; il n'a pas dû en être autrement, puisque le sieur N... ne payait pas *actu* les 75 0/0 exigibles. La retenue des titres est motivée sur ce qu'à défaut de service exact des dividendes, le sieur N... redevient contraignable pour le tout. Il fallait bien que pour ce cas les créanciers conservassent par devers eux les moyens de justifier de leur créance, et d'en faire prononcer la condamnation. — Mais la décharge accordée au débiteur n'en est pas moins constante; la preuve qu'en fournit le concordat est aussi concluante que si les titres lui avaient été rendus. *Confessio solutionis plus probat quamsi chirographum fuisset redditum.* Il n'y a donc aucune difficulté à ce que le sieur N..., réintégré par l'article 4 de son concordat dans la libre disposition de son actif, par la mainlevée des oppositions, ne travaille de concert avec MM. les commissaires qui lui ont été donnés à sa liquidation. Elle sera terminée quand il aura soldé les 75 0/0. — En attendant, sauf le concours de MM. les commissaires pour soigner la rentrée des effets du portefeuille ainsi que des créances, et pour opérer la vente des marchandises dans le plus bref délai possible, M. N... doit avoir la liberté d'opérer sa libération par les voies qui lui paraîtront les plus efficaces; et il n'a pas à craindre que des créanciers isolés viennent troubler sa marche par des prétentions ou par des recherches contraires à la lettre et à l'esprit du concordat.

(*Annales du Droit commercial.*)

XXIX.

Droit commercial.

D'après l'exposition qui va suivre, le sieur Devaux doit-il être passible de la prise de dix bâtiments par lui expédiés pour le gouvernement romain, et pris par des corsaires, ou doit-il être déchargé de la responsabilité qu'on fait peser sur lui à cet égard?



FAITS. — Pendant un temps de disette, le gouvernement romain avait chargé le banquier Torlonia de divers achats de grains et de leur expédition à Rome. En conséquence,

Torlonia avait envoyé un agent nommé Cloter à Livourne, afin d'y faire des achats et d'en expédier le résultat par mer à Rome. Les achats eurent lieu, mais les expéditions éprouvèrent des retards qui devinrent alarmants. Alors le gouvernement romain arrêta qu'un commissaire serait envoyé à Livourne, à l'effet d'*assurer et expédier tout de suite à Rome, aux compte et risque de Torlonia,* la quantité de grains que celui-ci avait annoncé être embarquée; et il nomma, pour remplir cette mission, le sieur Devaux, négociant français, établi à Rome : celui-ci se rendit à Livourne; là il s'adressa d'abord à la maison *Corgrave, Gernon et Ce,* commissionnaire de Torlonia. Il reconnut que les grains annoncés existaient, mais que le défaut de fonds s'opposait à leur départ. Devaux s'empresse d'aplanir cet obstacle, en avançant de ses propres deniers une somme de 12,000 piastres. Les difficultés ainsi levées, et le vent étant favorable, les navires font voile pour Rome, après que le commissionnaire eut réclamé en vain du consul une escorte, et que la maison Torlonia eut déclaré, par l'intermédiaire de son agent, Cloter, que l'assurance contre les risques de mer était inutile; mais à peine le convoi eut-il perdu terre, qu'il fut pris par des corsaires. Devaux, informé de ce fâcheux événement, court à Rome et rend compte de sa conduite au gouvernement, qui, convaincu qu'il n'y a pas de sa faute, le charge d'acheter et d'expédier de nouveaux grains. Cette seconde mission fut accomplie avec plus de succès, et la liquidation en a été faite, quoique tardivement, d'une manière assez satisfaisante; mais pour ce qui est relatif à la première expédition, des difficultés sans nombre ont été suscitées au commissaire du gouvernement, et la procédure la plus longue et la plus ruineuse a abouti à la plus monstrueuse décision. Devaux a été déclaré responsable de la perte des navires pour ne les avoir pas fait escorter et assurer; toutes ses propriétés ont été saisies et séquestrées, et Torlonia en a été investi, moyennant qu'il se reconnaîtrait payé par des sommes dont il sollicitait la liquidation, et qu'il renoncerait à toute réclamation ultérieure. — Dans cette position, il paraît que, par suite de changements arrivés dans la position des parties, et d'une nouvelle combinaison d'intérêts, la question de responsabilité du sieur Devaux a été soumise, en France, à un tribunal arbitral qu'il s'agit d'éclairer.

PARÈRE. — Les négociants, banquiers et agents de change soussignés et consultés, après avoir pris connaissance du présent parère; considérant que Devaux n'a agi qu'en qualité de commissaire délégué par le gouvernement de Rome, pour vérifier l'existence des achats de grains et de chargements faits par Torlonia, et en assurer le départ aux compte et risque dudit Torlonia; que Devaux n'a nullement été autorisé à faire faire l'assurance maritime desdits grains et bâtiments contre les risques de prise, ni autres; qu'au contraire, tout lui prescrivait d'omettre ces assurances, dont les frais ne lui auraient pas été alloués, le gouvernement n'ayant autorisé à sa charge que ceux de voyage de son commissaire et de transport desdits grains, et Cloter lui-même, au nom de Torlonia, ayant défendu les assurances maritimes; qu'en conséquence, il y a absurdité à interpréter comme un ordre de la part du gouvernement de faire faire ces assurances, le mot *assurer* dont le sens naturel, dans l'arrêté et dans les inscriptions, est d'accélérer le départ et d'assurer ce départ en levant les obstacles qui s'y opposaient, ce que Devaux a fait en payant douze mille piastres réclamées par Corgrave, Gernon et Ce, rétentionnaires des grains; que le gouvernement, de qui Devaux tenait son mandat et ses instructions, et à qui il rendit compte de sa conduite après la prise des navires par les corsaires, loin de le considérer comme coupable en cette occasion, lui continua au contraire sa confiance; qu'enfin, d'après toutes les lois, nul n'est responsable que de ses faits et actions, et que Devaux s'est conformé, comme doit le faire un mandataire, aux ordres et prescriptions du gouvernement, son mandant;

Estiment — Qu'on ne peut rendre Devaux responsable, en aucune manière, de la perte des dix navires dont est question sans blesser les principes de la justice, des lois et usages qui règlent les négociants en pareilles matières.

DELESSERT et Cie.	DAVILLIERS et Cie.
MALLET frères et Cie.	CARETTE.
GESLER.	LA CASE.
BASTIDE.	GERMAIN.
SABOTIER.	DESPRÉS.

(*Annales du Droit commercial.*)

XXX.

DE L'ÉTAT ACTUEL DE LA SCIENCE DU DROIT CRIMINEL DANS LE ROYAUME DES DEUX-SICILES. COUP D'OEIL SUR LES DERNIERS OUVRAGES QUI Y ONT PARU EN CETTE MATIÈRE.

PAR M. MITTERMAIER.

Dans l'histoire de la science du droit criminel, l'Italie occupe le premier rang parmi les divers pays de l'Europe. Dès le moyen âge, le droit criminel a été, en Italie, l'objet d'études scientifiques : témoins les ouvrages de *Gandinus*, d'*Angelo* d'*Arezzo*, d'*Ipolita de Marsilüs* et de *Julius Clarus*. Au XVIIIe siècle l'Italie vit naître les *Beccaria*, les *Risi*, les *Simoni*, les *Renazzi*, les *Cremani*, etc., dont les uns fondèrent la science législative, et les autres contribuèrent au progrès de l'étude du droit criminel. Dans le siècle actuel, les jurisconsultes de tous les pays prononcent avec une profonde vénération les noms de *Nani, Poggi, Romagnosi* et *Carmignani ;* l'ouvrage de ce dernier fait autorité en Allemagne et en France : et M. *Rossi*, ce jurisconsulte à la fois spirituel et profond, est originaire de l'Italie (1).

A Naples, en particulier, le siècle passé vit briller *Gravina*, *Vico* et *Filangieri*. Nous n'admirons pas tous les travaux de Filangieri; nous n'ignorons pas que très-souvent cet auteur n'offre, à la place d'idées, que des déclamations et de belles phrases, et qu'il manquait de connaissances historiques assez étendues; mais Filangieri était un homme plein d'esprit, riche d'idées nouvelles, sachant analyser avec sagacité, de sorte que son ouvrage ne laisse pas encore aujourd'hui d'être estimé et d'offrir de l'utilité. Dans notre siècle, Naples n'a pas été moins féconde en auteurs distingués sur le droit criminel : l'ouvrage de *Pasquale Liberatore* (2), publié en 1814, renferme un grand nombre de discussions historiques et d'observations pleines d'intérêt sur cette matière. Celui de *Francesco Lauria* (3), malheureusement resté incomplet, est encore plus important. C'est un commentaire du Code pénal, offrant partout une analyse des lois romaines et une saine critique des opinions reçues : l'auteur s'est attaché en outre à exposer les principes philosophiques qui doivent diriger le législateur. On doit regarder comme d'un intérêt égal le grand ouvrage de *Raffaeli* (4); à la vérité l'emploi de nouvelles expressions dérivées du grec, telles

(1) En général on ne tient pas assez compte des travaux remarquables des savants italiens dans toutes les branches des sciences. Beaucoup de matériaux intéressants sur ce sujet se trouvent dans l'*Histoire des sciences mathématiques en Italie, depuis la renaissance des lettres*, par M. Libri. (Paris, 1838.) Cet ouvrage contient beaucoup plus que ne promet son titre ; il embrasse également les autres sciences.

(2) *Saggio sulla Giurisprudenza penale del regno di Napoli. Napoli*, 1814.

(3) *Esposizione delle leggi penali delle Due-Sicilie. Napoli*, 1823, 5 vol.

(4) *G. Raffaeli*, *Nomotesia penale. Napoli*, 1820-1823, 6 vol.

que *parenomia*, *adicemia*, *amartemia*, a quelque chose de choquant qui rend pénible l'usage de cet ouvrage, mais le lecteur qui ne se laisse pas rebuter par cet inconvénient, trouve, après l'analyse de la nature de chaque crime en particulier, l'indication du mode par lequel l'État peut prévenir ce même crime. Cette analyse atteste une grande sagacité; mais souvent aussi elle se ressent trop d'une subtilité qui répugne au sens pratique et qui n'offre pas de règles suffisantes pour l'application de la loi. Tous ces ouvrages ont eu pour but la confection de bonnes lois criminelles.

Parmi les criminalistes napolitains encore vivants, nous signalerons les écrits de MM. *Niccolini*, *Ulloa* et *Canofari*, sur lesquels nous reviendrons ci-après avec quelque détail; mais d'abord nous croyons utile de faire connaître à nos lecteurs l'esprit des revues de droit paraissant à Naples : ces revues prouvent que l'amour de la science ne s'est pas éteint en ce pays, et qu'on y rencontre des jurisconsultes qui s'efforcent à le propager parmi leurs compatriotes. Trois de ces revues sont exclusivement consacrées au droit; ce sont les *Annali di legislazione* (1), l'*Aristide* (2), et *il Giurista* (3); une quatrième revue, paraissant également à Naples, *il Progresso* (4), contient beaucoup d'articles intéressants de droit et de législation, rédigés pour la plupart par M. Ulloa. La *Revue étrangère et française* ayant rendu compte de tous les cahiers du *Progresso*, nous nous bornerons à parler des autres revues. Les cahiers des *Annali*, que nous avons sous les yeux, renferment les articles suivants : Compte rendu de l'ouvrage de M. Troplong, *des Prescriptions;* de la morale des nations modernes relativement à l'industrie publique, par M. Cagnazzi; histoire des peuples slaves, par M. W.; législation hypothécaire de Naples, par M. T.; des définitions légales et des principes, particulièrement en matière de succession, d'usufruit et de novation, par M. Agresti; des acquisitions faites par une femme mariée, par M. Ruggiero; des prisons destinées aux condamnés, et du système pénitentiaire, par M. Volpicella; biographie du jurisconsulte Mathieu de Afflicto; traduction du discours spirituel de lord Erskine sur la haute trahison; extraits de l'ouvrage de M. Chassan sur les *délits de la parole*, etc., par M. Benedetto Cantalupo; des vicissitudes et des progrès du droit pénal en Italie, par M. Ulloa (nous reviendrons plus tard sur cet article); notices de diverses décisions de la cour de cassation de France; traduction du discours de lord Brougham sur l'état actuel des lois en Angleterre; loi française du 1er avril 1837, sur la conformité des arrêts; de la science du droit, par M. Devincenti; notices et observations sur le procès de Meunier devant la cour des pairs; extraits du livre de M. Dupin, *de la libre défense des accusés*.

L'*Aristide*, que nous regrettons de voir cesser ses publications, contient les articles suivants : Du recel en matière de vol; du système pénitentiaire (dont l'auteur réclame l'introduction dans le royaume des Deux-Siciles), par M. Gennaro di Filippo; des devoirs du défenseur en matière criminelle; du projet belge sur le duel; extraits de feuilles françaises et anglaises; article sur Beccaria.

Dans le *Giurista* on trouve beaucoup de traductions d'articles publiés par le journal *le Droit;* il contient d'ailleurs des articles sur l'emphitéose, sur le rapport des legs, sur les donations entre époux, sur l'adage de Cassius : *cui bono;* sur la cession, sur l'histoire du droit et particulièrement la *lex Longobardorum*; sur la compétence des tribunaux de commerce; sur l'ivresse; sur la cour de cassation, par M. Agustinis; sur la législation napolitaine, comparée avec la jurisprudence universelle de l'Europe; enfin, des extraits de la *Théorie du Code pénal*, par MM. Chauveau et Hélie.

On voit par ce sommaire des diverses revues napolitaines qu'elles renferment un petit nombre d'articles originaux, à côté de nombreux extraits des feuilles françaises, notamment du *Droit*, de la *Gazette des tribunaux* du *Moniteur industriel*, ou d'ouvrages publiés en *France* (5). La législation française a conservé une profonde influence sur le droit de Naples, bien que depuis 1819 elle

---

(1) *Annali di legislazione e giurisprudenza, pubblicati per cura di G. d. R.* (Ce journal, dont l'introduction porte la signature : *Giuseppe del Re, nepote*, a commencé le 1er mars 1837; il en paraît deux feuilles par mois.)

(2) L'*Aristide; foglio periodico di giurisprudenza.* Depuis le 1er décembre 1836, il paraît trois numéros par mois. Les éditeurs sont MM. Antonio Fazzini et Gennaro di Filippo.

(3) *Il Giurista; giornale di legislazione e giurisprudenza*, paraissant depuis le 9 février 1837. Signature : *Epifanio, direttore proprietario.*

(4) *Il Progresso delle scienze, delle lettere e delle arti*, paraissant par cahiers trimestriels depuis 1832.

(5) Aussi les catalogues des libraires italiens renferment, en majeure partie, des traductions d'ouvrages de droit français.

ait été remplacée par les nouveaux Codes; cette influence tient évidemment à ce que les lois françaises forment la base des Codes napolitains. A défaut d'ouvrages nationaux, les légistes de ce pays ne sauraient mieux faire que de recourir à la jurisprudence de la France, qui est toujours en voie de progrès. Mais on doit regretter que les jurisconsultes napolitains ne cultivent pas davantage leur propre législation, et que, dans ces pays où autrefois le droit romain a été l'objet de savantes discussions, l'étude de la législation nationale se trouve négligée.

Toutefois, les œuvres de quelques auteurs, dont nous avons déjà cité les noms, comblent en partie cette lacune. Nous devons placer en première ligne M. Nicolas *Niccolini*, professeur de droit criminel et avocat général à la cour suprême de Naples, jurisconsulte éminent, l'ornement de sa patrie. Son ouvrage principal, intitulé : *de la Procédure criminelle des Deux-Siciles* (1), jouit d'une haute considération. M. Niccolini se distingue surtout par une profonde connaissance des auteurs classiques, dans les écrits desquels il a puisé son beau style latin; aussi ne néglige-t-il aucune occasion de recommander l'étude des anciens (2). Il est non moins profondément versé dans la connaissance des lois romaines; il en développe les dispositions à l'aide de la philologie et de la grammaire, et il les interprète avec le secours de l'histoire, qui lui est familière. On voit par ses écrits qu'il ne s'est pas borné au droit criminel, et que le droit civil a également fait l'objet sérieux de ses études : c'est ce qui résulte particulièrement de son écrit sur l'*interdictum salvianum* (3). Son esprit philosophique ne s'arrête pas aux textes : il recherche partout les principes, et il en réclame l'application (4). M. Niccolini se distingue encore par une grande sagacité analytique : partout il entre dans des détails intéressants; son ouvrage de procédure criminelle contient, sur toutes les matières, d'excellentes introductions historiques, une comparaison exacte des lois romaines et françaises, et l'application des règles générales aux cas particuliers. La partie de cet ouvrage qui traite des preuves (5) renferme des développements intéressants sur la procédure inquisitoriale et celle par forme d'accusation, sur la nature de la vérité, la manière de la rechercher, et sur l'esprit de la procédure criminelle des Romains; le grand nombre de citations d'auteurs classiques anciens et modernes attestent la vaste érudition de l'auteur. Ses sentiments sont nobles et tendent à faire de la liberté civile la base du droit : ennemi du désordre et adversaire des révolutions, il réclame des institutions libérales. Nous recommandons à cet égard ses travaux sur les avantages de la publicité des débats judiciaires (6) et sur le courage civil (7).

Son dernier ouvrage, intitulé *Questions de droit* (8), mérite une attention particulière : c'est le recueil des réquisitoires prononcés par l'auteur, en sa qualité d'avocat général, dans des affaires criminelles portées devant la cour suprême de Naples. Dans tous ces plaidoyers M. Niccolini commence par une indication succincte des faits : ensuite il développe les principes qui doivent diriger la décision; il ne s'arrête pas aux lois napolitaines; il établit les principes généraux de la philosophie du droit criminel; il analyse les textes du droit romain, et les compare avec les lois françaises; il entre dans une discussion complète de la matière, en tant que l'exige l'appréciation de l'espèce, et il en fait l'application dans ses conclusions. C'est ainsi que les deux volumes de *Questions* renferment une série de traités sur les matières les plus importantes du droit criminel. Pour faire connaître à nos lecteurs l'importance de cet ouvrage, nous signalerons quelques-uns des traités qui en font partie. Au tome Ier, page 72, l'auteur discute la question de savoir si un étranger, qui a subi dans sa patrie une condamnation pour crime, peut être regardé comme étant en récidive s'il commet un nouveau crime dans le royaume des Deux-Siciles? M. Niccolini se prononce pour l'affirmative. — La doctrine des excuses et des circonstances atténuantes a été développée aux pages 184 et suiv.; l'auteur explique le

---

(1) *Procedura penale nel regno delle due Sicilie. Napoli*, 1828-1831, 6 vol.

(2) Témoin son *Oratio de imitatione veterum. Napoli*, 1836.

(3) *Dell' utile interdetto Salviano nel regno delle due Sicilie; tratatto di Nicola Niccolini. Napoli*, 1837.

(4) L'auteur a exprimé cette idée dans son *Discorso per l'apertura della sua cattedra*, 1 *dicembre* 1831. *Napoli*, 1831.

(5) *Storia de' principii regolatori della instruzione delle pruove ne' processi penali; di Nicola Niccolini. Napoli*, 1829.

(6) *Niccolini, della discussione pubblica ne' giudizi penali; Napoli*, 1833.

(7) *Del coraggio civile; Discorso di Niccolini; Napoli*, 1838.

(8) *Questioni di diritto, trattate nelle conclusioni, ne' discorsi ed in altri scritti legali : di Nicola Niccolini. Napoli*, 1835-1837, 2 vol.

préjudice résultant du pouvoir arbitraire qui appartenait autrefois aux juges. Il examine (page 206) l'influence de l'âge de l'accusé, d'après le droit romain et les lois anciennes et actuelles du royaume, en démontrant (page 212) l'impossibilité de déterminer par une disposition législative l'époque à partir de laquelle commencera l'imputabilité. A la page 249, l'auteur discute l'influence de l'ivresse, en déduisant de l'examen des lois et de la nature humaine des distinctions pleines de sagacité. A cette occasion (page 269) il réfute l'argument invoqué en cette matière par les partisans de la doctrine rigoureuse, qu'un défaut moral, tel que l'ivresse, ne saurait constituer un motif d'excuse. — Nous signalerons encore les observations sur le droit de la défense légitime (page 283) et sur l'étendue de l'intervalle qui peut séparer l'offense et l'exercice de la vengeance, pour que cette dernière puisse être excusable (page 307). Cette discussion s'est élevée dans une espèce où, cinq jours après qu'un individu s'était permis une attaque contre la pudeur d'une femme, il fut assassiné par le frère de cette dernière, qui le rencontra par hasard. — Le second volume des *Questions* traite des meurtres et des blessures (*reati di sangue*); l'auteur divise en sept classes les faits de cette nature : 1° faits commis sans qu'il y ait conscience et volonté de la part de l'auteur; ce sont les homicides et blessures par accident, sans aucune faute, et ceux commis par les enfants, ou les individus en état de fureur ou de démence; 2° cas où l'accusé avait l'intention de commettre un homicide, mais où, par un heureux hasard, sa volonté n'a pas exécuté cette intention; 3° cas dans lesquels l'intention et la volonté se sont trouvées réunies; 4° homicides ou blessures accompagnés de circonstances aggravantes (empoisonnement, parricide, etc.); 5° ou connexes à d'autres crimes, tels que le vol, le viol, etc.; 6° homicides ou blessures commis par deux ou plusieurs personnes; 7° homicides ou blessures commis par plusieurs personnes, dont quelques-unes seulement ont à leur charge des circonstances aggravantes. L'auteur établit (pages 29 et suiv.), avec une sagacité remarquable, des distinctions sur la nature du vol, de la faute et du cas fortuit; il s'étend (page 107) sur les blessures qui causent la mort; il explique le cas où le défunt était atteint de maladies, et celui où une autre cause de mort se joignait aux blessures; il parle (page 123) du cas où la mort est survenue dans les quarante jours à dater des coups ou blessures (1). L'auteur discute (page 150) la culpabilité des mineurs, et (page 157) celle des individus en état de fureur ou de démence; il parle (page 191) de la preuve de l'aliénation mentale. La tentative (p. 207-263) et les cas de légitime défense (page 280) font l'objet de traités étendus. Partout l'auteur fait preuve d'un esprit à la fois philologique et pratique, et d'une vaste érudition, réunis à un noble amour de la justice. Ses discussions philologiques sur quelques expressions des lois romaines offrent également de l'intérêt. En général, les ouvrages de M. Niccolini méritent d'être étudiés par les jurisconsultes de tous les pays.

Dans un prochain article nous examinerons les travaux remarquables de MM. Ulloa et Canofari.

(*Revue étrangère et française, etc.*

(1) L'art. 362 du Code pénal des Deux-Siciles est ainsi conçu : « Le coupable de coups ou blessures volontaires qui auront entraîné la mort dans les » quarante jours, par la nature de ces coups ou blessures, sera puni comme homicide; si la mort de la » partie frappée ne peut être attribuée à la seule nature des coups ou blessures, mais à une cause survenue postérieurement, la peine sera diminuée » d'un ou deux degrés. » — V. la traduction de ce Code, par M. Victor Foucher.

XXXI.

Procédure civile.

Le greffier peut-il en 1838 réclamer un droit de recherche à raison des actes et jugements faits ou rendus en 1837, quoiqu'il se soit écoulé moins d'une année depuis la date de ces actes ou de ces jugements?

L'article 14 de la loi du 21 ventôse an VII est ainsi conçu : « Les greffiers ne pourront » exiger aucun droit de recherche des actes » et jugements faits ou rendus *dans l'année*, » ni de ceux dont ils feront les expéditions. »

Cela posé, on demande si par ces mots *faits* ou *rendus dans l'année*, le législateur a entendu dire dans l'année *judiciaire*, qui commence le 1er septembre ou novembre et finit le 31 août, ou dans l'année civile du 1er janvier au 31 décembre, ou plutôt dans l'année à partir de la date du jugement qui fait l'objet des recherches.

Tout le monde pense généralement, sans doute, qu'on doit entendre par ce mot *année* celle qui suit la date du jugement ou de l'acte, en sorte que si un jugement est rendu, par exemple, le 5 mai 1838, le greffier ne peut exiger aucun droit de recherche jusqu'au 5 mai 1839 : cependant il est dans le ressort de la cour royale de Toulouse un greffier près un tribunal de première instance, qui interprète ce mot *année;* comme s'il y avait *année civile*, en sorte que si un jugement a été rendu le 31 décembre 1837, il exige le droit de recherche, de celui qui voudrait en prendre connaissance le *lendemain* ou le *surlendemain*, parce qu'on serait passé d'une année à une autre et qu'on ne serait plus dans l'année où le jugement aurait été rendu.

Cette manière d'interpréter la loi ne paraissant pas la plus raisonnable à un officier ministériel qui était fatigué depuis longtemps de payer pour ses clients un droit de recherche qui ne lui paraissait pas dû, M. le procureur général Bastoulh fut consulté, le 12 janvier 1830, sur l'interprétation à donner au mot *année*.

Par sa lettre du 10 février 1830, n° 4142, ce magistrat fit la réponse suivante :

« L'art. 14 de la loi du 21 ventôse an VII » ne s'explique pas d'une manière bien pré» cise sur cette question, puisqu'il se borne » à énoncer que les greffiers ne pourront exiger » aucun droit de recherche des actes et juge» ments faits ou rendus *dans l'année*.

» Toutefois il et facile de reconnaître que » le droit de recherche n'a été autorisé que » pour le cas où l'ancienneté des actes rend » nécessaires des investigations dans les re» gistres déposés au greffe; d'où il suit que » le législateur ne peut avoir eu en vue » *l'année civile*, car s'il en était ainsi, le » jugement rendu le 31 décembre et réclamé » le 1er janvier donnerait lieu à un droit, » tandis que la recherche ne serait point né» cessaire. — Il en serait de même pour » l'année judiciaire; car on pourrait faire le » même raisonnement pour le jugement rendu » le 31 août, et réclamé le 1er septembre. Je » pense donc, dit M. le procureur général » Bastoulh, que l'année dont a voulu parler » l'art. 14 de la loi précitée ne doit commen» cer à courir que du jour où le jugement

» a été rendu. Telle est, du reste, l'interprétation donnée à la loi par l'usage constamment suivi dans les greffes de la cour. »

Malgré cette réponse de M. le procureur général, qui fut montrée à M. le greffier, celui-ci n'en a pas moins persisté à prendre son droit de recherche dans le cas dont il s'agit, et il continuera encore jusqu'à ce qu'un ordre du garde des sceaux ou, plutôt jusqu'à ce qu'une interprétation législative le lui défende.

Et comme beaucoup d'autres greffiers en France peuvent interpréter de même la loi, dans leur intérêt individuel, et qu'il n'est pas juste, s'ils l'interprètent mal, que les justiciables payent mal à propos un droit qui ne serait pas dû, on a cru devoir consulter M. le garde des sceaux sur cette interprétation.

(*Journal des Avoués.*)

XXXII.

REVUE ANALYTIQUE

DE DIVERS ARTICLES PUBLIÉS DANS LA REVUE DE LÉGISLATION.

I. — *De la législation (française) en matière de conflit*, par M. Foucher, avocat général à Rennes. — *Revue de Législation*, T. Ier, p. 15.

L'auteur commence par rappeler les abus des évocations sous l'ancien régime et la disposition de la loi du 16-24 août 1790, qui ne maintenait que les évocations dites de justice : — « Pour elles, dit-il, la cour de cassation fut appelée dès son origine à remplacer l'ancien conseil privé des parties ; seulement, cette cour trouva une première délimitation de sa compétence dans les monuments législatifs qui consacrèrent la séparation des pouvoirs des autorités judiciaire et administrative. » M. Foucher cite ici les lois des 16-24 août 1790 (tit. II, art. 13), du 14 octobre 1790, du 21 fructidor an III, qui jetaient l'*interdit* sur les tribunaux. — En poursuivant l'énumération des documents législatifs, l'auteur cite la constitution de l'an VIII, le règlement du 5 niv. an VIII, article 11, et l'arrêté des consuls du 13 brumaire an X ; il rappelle ensuite combien fut mobile la jurisprudence administrative de cette époque, et promet de faire de l'examen de la législation sur la compétence administrative et judiciaire l'objet d'un article spécial.

Suivant la législation française dans ses améliorations, il rend compte de l'ordonnance du 12 décembre 1821, et arrive enfin à celle du 1er juin 1828. Il l'envisage dans ses principes et ses détails, la considère comme constitutionnelle, et reconnaît à l'autorité judiciaire le droit de statuer sur les déchéances prononcées par cette ordonnance contre les conflits tardifs ou irréguliers. L'auteur finit en insistant sur la nécessité de régulariser toute la législation sur la matière par des dispositions législatives, sinon de rendre à l'autorité judiciaire le jugement de questions que de bons esprits n'envisagent que comme des règlements de juges.

II. — *De la nécessité d'exiger des candidats à la magistrature des conditions spéciales de capacité. — Projet d'un concours*, par M. Foucart, professeur à la faculté de droit de Poitiers. — *Revue de Législation*, T. Ier, p. 346.

Dans cet article M. Foucart établit d'abord que les conditions actuelles d'admissibilité dans la magistrature n'offrent que des garanties insuffisantes, et que le pouvoir presque discrétionnaire laissé à l'administration dans le choix des magistrats peut avoir pour résultat d'admettre dans ce corps des sujets incapables et d'en éloigner des sujets distingués. — La possession du grade de licencié, le titre d'avocat et le stage ne lui paraissent pas suffire. — Les recommandations par les procureurs généraux et

les premiers présidents des cours royales ne lui semblent pas non plus une garantie satisfaisante. Il voudrait que la capacité des postulants fût révélée dans un concours dont les épreuves consisteraient dans des dissertations écrites sur des questions de droit civil, de droit criminel et de procédure civile. — Les candidats admis auraient le titre d'*auditeurs :* attachés aux tribunaux de première instance, ils y auraient voix consultative. — Les deux tiers des juges devraient être nommés parmi les auditeurs. — M. Foucart répond à l'objection tirée de l'article 49 de la Charte, qui porte que les juges sont nommés par le roi, et finit par citer à l'appui de son projet l'exemple de l'Allemagne, où il est de principe que les fonctions publiques appartiennent à la capacité; pour la constater on fait subir, en Prusse, aux candidats, outre les épreuves universitaires, trois examens spéciaux et successifs. Le premier confère le grade d'auditeur (*auscultator*), le second celui de *referendarius;* le troisième enfin (*examen rigorosum*) rend apte à occuper les charges de la magistrature.

III. *Des justices de paix en Pologne; législation comparée, par* M. Wolowski.—*Revue de Législation*, T. II, p. 31.

L'institution des juges de paix n'a été adoptée dans ce pays que sous une forme toute nouvelle, qui soulève une question de principes d'une haute gravité et mérite les méditations du jurisconsulte et du législateur.

L'introduction des justices de paix en Pologne précéda celle du Code civil et du Code de procédure. Elle fut l'œuvre du ministre de la justice Félix Lubienski, homme d'une capacité peu commune(1).

Loin de suivre avec une confiance aveugle les errements tracés par la loi du 16-24 août 1790, il sut s'élever à la hauteur des principes défendus par Adrien Duport à l'assemblée constituante.

Au lieu de faire du magistrat conciliateur un échelon de la juridiction contentieuse, il ne lui confia que des fonctions paternelles, telles que le préliminaire de conciliation et la présidence des conseils de famille.

Et pour joindre à l'avantage de cette autorité patriarcale, conservée dans toute sa pureté, celui d'une expédition prompte, peu coûteuse et rapprochée des justiciables, pour les affaires de peu d'importance, il adjoignit à chaque justice de paix un juge suppléant (*podsedek*), auquel furent dévolues toutes les attributions du contentieux judiciaire.

On distingua soigneusement le principe des deux juridictions volontaire et contentieuse : le juge de paix, l'arbitre, dut être choisi par les justiciables; le suppléant, l'organe de la loi, fut nommé par l'autorité, au nom de laquelle il rendait ses arrêts.

Les fonctions du premier furent gratuites, et pour ne pas les rendre trop pénibles, on institua trois juges de paix, siégeant à tour de rôle dans chaque justice de paix. Le *suppléant* était rétribué; son traitement variait, suivant l'importance des localités, de 2,000 à 3,000 florins de Pologne (1,200 à 1,800 francs).

On n'épargna rien pour entourer les *juges de paix* de la considération publique. Ils marchaient dans la hiérarchie judiciaire de pair avec les conseillers de cour royale et présidaient les colléges électoraux. Ceux qui dans le courant de l'année réussissaient à concilier le plus grand nombre d'affaires avaient droit à une médaille d'honneur spéciale, récompense à laquelle on attacha un grand prix.

Napoléon, en créant le duché de Varsovie, lui octroya une charte (22 juillet 1807). Le Code français devint obligatoire pour le duché, et l'administration de la justice y fut réglée sur le modèle de la France. Il est curieux de voir se révéler dans cette organisation l'esprit d'une centralisation plus compacte.

Le principe de l'élection des juges de paix fut consacré par la constitution, dont l'article 73 est ainsi conçu :

« Les juges de paix sont nommés par le roi sur une liste triple de candidats, présentés par les diétines de district (colléges électoraux). Ils sont renouvelés par tiers tous les deux ans. »

En 1815, le congrès de Vienne, en décorant une portion du duché de Varsovie du titre de royaume de Pologne, le fit échoir à l'empereur Alexandre; ce monarque lui octroya une charte nouvelle.

Le principe de la conciliation préalable fut maintenu et formulé dans l'art. 144 de la charte.

« Il y aura, dit-il, des juges de paix pour toutes les classes d'habitants; *leurs fontions sont celles de magistrats de conciliation.* »

Art. 145. « Aucune affaire ne peut être portée devant un tribunal de première instance, si elle n'a été présentée au juge de paix compétent, excepté celles qui, aux termes de la loi, ne devront pas être soumises à la conciliation. »

La constitution de 1815 n'existe plus; l'empereur Nicolas lui a substitué le statut organique du 22 février 1832.

Ce dernier maintient les projets d'organisation judiciaire formulés dans la charte de 1815, ainsi que l'institution des juges de paix.

Pour nous résumer, l'institution des justices de paix a subi en Pologne les modifications suivantes :

Les fonctions du juge de paix ont été dédoublées, comme renfermant des éléments incompatibles; tout ce qui tient à la mission de conciliation, de surveillance des intérêts des incapables, a été re-

(1) La Pologne était alors gouvernée par une commission provisoire que Napoléon avait instituée avant la création du duché de Varsovie, en lui attribuant l'autorité suprême.

REVUE

DES

REVUES DE DROIT.

XXXIII.

Histoire du Droit.

ÉTUDES SUR LES COUTUMES,

PAR H. KLIMRATH, DOCTEUR EN DROIT.

DEUXIÈME ET DERNIER ARTICLE.

§ III. *Dispositions des coutumes.*

Le détail des dispositions de toutes les coutumes générales ou locales, écrites ou non écrites, décrétées ou simplement accordées, qu'il nous a fallu énumérer aux paragraphes précédents, serait infini. Il remplit les quatre volumes in-folio, de plus de 1200 pages chacun, du *Coutumier général* donné par Bourdot de Richebourg en 1724; et encore ce recueil n'est-il pas complet. La *Conférence des Coutumes*, publiée par Guénois en 1596, est un volume in-folio de 1600 pages (non compris les tables). Elle n'embrasse pas à beaucoup près autant de coutumes que le Coutumier général de 1724: toutefois les plus importantes s'y trouvent, et cette laborieuse compilation fait honneur à la patience et à la science de l'auteur. Par une sorte de dissection du texte des diverses coutumes, tous les articles de chacune d'elles, contenant sur la même question des dispositions semblables ou contraires, se trouvent rapprochés et insérés textuellement à la suite l'un de l'autre. Mais, il faut le dire, ces rapprochements ne sont pas toujours heureux et ne pouvaient pas l'être, parce que les articles des diverses coutumes ne se correspondent pas toujours exactement; et ils n'ont été obtenus qu'au prix de bien fâcheux sacrifices. Isolé, arraché de l'ensemble de dispositions qui l'explique, chaque article ne dit plus tout ce qu'il devrait dire. La multiplicité des questions secondaires, l'interminable répétition des mêmes choses dans des rédactions différentes, dissipent l'attention et voilent les grands traits de notre ancien système coutumier et de ses principales variantes. La Conférence de Guénois, utile pourtant comme répertoire, est plus propre à augmenter la confusion qu'à la dissiper par une généralisation exacte et une classification nette et précise.

Aussi n'est-ce pas l'exiguïté seule du cadre

dans lequel je dois me renfermer ici, qui m'a fait une loi de tenter une route nouvelle: l'intérêt de la science y est au moins pour moitié. Il a fallu me borner; il a fallu choisir un nombre suffisant et de coutumes et de questions, et sacrifier le reste. Énumérons ces sacrifices : il faut que le lecteur sache au juste ce qu'il ne trouvera pas dans ce travail.

D'abord, j'ai cru devoir négliger les coutumes locales, et à cause de leur grand nombre, et parce qu'il en est beaucoup qui n'ont pas été rédigées ou décrétées en due forme. La coutume générale fait loi jusqu'à preuve des dérogations locales : je n'ai noté ces dérogations qu'accidentellement, lorsqu'elles paraissaient avoir une importance particulière. A plus forte raison a-t-il fallu omettre ce qui n'était ni coutume générale, ni même coutume locale, mais charte, privilége, franchise, titre ou droit praticulier.

En second lieu, j'ai exclu les coutumes des Pays-Bas, des terres d'Empire, et celles des pays de droit écrit du midi de la France : je me suis borné aux cinquante-deux coutumes générales des pays coutumiers de la France proprement dite, telles que je les ai énumérées dans la première division du paragraphe précédent.

Troisièmement, tout ce qui, dans ces coutumes, est relatif au droit public, aux droits de justice et aux banalités, aux droits féodaux et seigneuriaux, aux municipalités, à la police, aux eaux et forêts, aux crimes, délits et peines, à la procédure, enfin à l'état politique des personnes nobles ou roturières, franches ou serves, etc., m'a paru devoir être exclu de ce travail : je me suis renfermé sévèrement dans les limites du droit civil. Pour le droit civil lui-même, j'ai fait choix d'un certain nombre de points sur lesquels j'ai concentré exclusivement toute mon attention. J'espère n'avoir rien omis d'essentiel.

Enfin, lorsqu'une coutume est muette sur quelqu'une des questions que je devais successivement aborder, je n'ai pas tenté de suppléer ici à son silence, parce que je n'aurais pu le faire qu'en me jetant dans des discussions à perte de vue, à travers les controverses des auteurs, la contrariété des arrêts, les variations des ordonnances. Si ce travail peut aspirer à quelque utilité et à quelque mérite, c'est à condition d'être court, net et positif. Une lacune, dont j'avertis, avait moins d'inconvénients que les longueurs et les incertitudes (1).

I. *De la capacité personnelle.*

Age.

La capacité personnelle, quant à la jouissance des droits, dépend de l'état et de la condition des personnes. Les droits des nobles et des roturiers, des bourgeois et des vilains, des serfs et des francs, ne sont pas en toutes choses les mêmes. Les aubains et les bâtards sont, à certains égards, assimilés aux serfs. Le sexe influe aussi, jusqu'à un certain point, sur la jouissance des droits civils.

La capacité, quant à l'exercice des droits, est limitée à raison de l'âge et de la soumission à la puissance paternelle ou maritale.

La plupart de ces conditions pour la jouissance et l'exercice des droits, ou ne rentrent point dans notre plan, ou trouveront leur place plus bas. Nous n'avons à nous occuper ici que de l'âge de la majorité, tant féodale que commune, et de l'âge requis pour tester.

I. La majorité féodale est l'âge où le vassal peut lui-même relever le fief et le servir, et avant lequel le seigneur est tenu de bailler souffrance, si le fief n'a été relevé par un gardien ou baillistre qui en fait les fruits siens.

Les coutumes fixent la majorité féodale à des époques très-diverses, qu'on peut toutefois ramener à deux systèmes distincts.

Dans le premier, la majorité féodale est fixée, sans distinction de sexe, à vingt ans, comme en Normandie (198), en Bretagne (arg. art. 483), dans la Haute-Marche (200) et en Auvergne (XXII, 28); ou bien elle flotte, pour les mâles, entre dix-huit et vingt et un ans, pour les filles, entre quatorze et dix-huit : ce qui a lieu dans la France proprement dite, dans une partie du Vermandois et de la Champagne, dans presque tout l'Orléanais, dans le Maine, l'Anjou, la Touraine et le Bourbonnais (2).

Dans ce premier système, il est à remarquer que la fin de la garde noble ou du bail

---

(1) Je cite toujours la dernière rédaction des coutumes qui en ont eu plusieurs, à moins que le numéro de l'article de la coutume ne soit précédé d'un A (ancienne coutume).

(2) *Pour les mâles : Pour les filles :*
A 21 ans. . . . . . 15 ans. (Chartres, 42. Dreux, 31. Châteauneuf, 44.)
20 ans. . . . . . 18 ans. (Mantes, 27.)
20 ans et un jour. 16 ans et un jour. . . . . . . (Senlis, 155.)
20 ans. . . . . . 16 ans. (Grand-Perche, 41. Bourbonnais, art. 173, 180.)

coïncide ordinairement avec la majorité féodale (1), quoique, dans quelques coutumes, elle arrive par exception dès l'âge de la puberté romaine, à quatorze ans pour les mâles et à douze ans pour les filles (2). La puberté est aussi l'âge où finit la garde bourgeoise dans la plupart des coutumes qui l'admettent (3). Dans les coutumes de Bar (69) et de Clermont en Argonne (XII, 9), la garde noble des mâles finit à seize ans, et celle de filles à quatorze ans.

Dans le second système, la fin de la garde noble ou du bail et la majorité féodale coïncident toujours, et sont fixées, pour les mâles à quatorze ou quinze ans, pour les filles à onze ou douze. Ce système est suivi dans l'Artois, la Picardie, une partie du Vermandois, la plus grande partie de la Champagne, le duché de Bourgogne, le Nivernais, le Berri et le Blaisois (4).

Une disposition tout à fait exceptionnelle est celle de la coutume locale du Perche-Gouet : elle fixe la majorité féodale à quatorze ans, sans distinction de sexe (5).

II. La majorité coutumière en matières communes et non féodales, a été supplantée presque partout par la majorité romaine de vingt-cinq ans. Celle-ci a été expressément introduite en Auvergne (XIII, 1) du consentement des états; ailleurs elle avait prévalu dès avant la rédaction officielle des coutumes, et elle est ordinairement présupposée par les rédacteurs. La coutume de Vitry la réduit à vingt-quatre ans accomplis et le 25e entamé (6). Toutefois, dans le Ponthieu, l'Artois, le Maine et l'Anjou, et dans le bailliage de Montargis, l'ancienne majorité coutumière s'est seule conservée, et sous bon nombre de coutumes il en est resté des traces, l'âge de vingt-cinq ans n'ayant été exigé que pour l'aliénation des immeubles, non pour la jouissance et l'administration des biens, ni pour disposer des meubles.

Ces traces méritent d'être recueillies. On y reconnaît les deux mêmes systèmes indiqués il y a un instant pour la majorité féodale, mais autrement répartis sur le territoire de la France. Entre les coutumes qui, pour la majorité féodale, suivent le premier système, celles de Normandie (451), de Paris, (272, 289), Laon (56), Châlons (7, 8) et Clermont en Argonne (VI, 7), exigent vingt ans ; celles d'Orléans (182, 185), de Touraine (arg. 346). de Loudunois (XXXIV, 1) et de la Marche (74, 85), au contraire, quatorze ou douze ans, suivant la différence des sexes (7). Les coutumes de Bourbonnais (175) et du Grand-Perche (172), fixent la majorité suivant les sexes à vingt ou à seize ans; celle de Montargis (VII, 5, 7), à vingt ans et un jour ou à quatorze ans et un jour. En Bretagne, le noble est émancipé à vingt ans, le roturier peut l'être à dix-sept ans (483, 495, 494). Dans l'Anjou (444) et le Maine (455, 456), la

---

Pour les mâles :	*Pour les filles :*	
20 ans et un jour.	15 ans et un jour.	(Valois, 75. Clermont en Argonne, III, 14.)
20 ans.	15 ans.	(Paris, 32. Étampes, 20. Dourdan, 31. Montfort, 22. Laon, 171. Châlons, 181.)
20 ans et un jour.	14 ans et un jour.	(Orléans, 24. Montargis, I, 28. Dunois, 11.)
20 ans.	14 ans.	(Maine, arg. art. 99. 455. Anjou, arg. art. 86.)
18 ans et un jour.	14 ans et un jour.	(Clermont en Beauvaisis, 91. Sens, 158.)
18 ans.	14 ans.	(Touraine, 344. Loudunois, arg. XXXIII, 1. Melun, N. 32.)

(1) Paris, 268. Étampes, 89. Dourdan, 127. Montfort, 117. Mantes, 181. Clermont en Beauv., 172. 176. Valois, 75. Sens, 158. Chartres, arg. art. 41 Montargis, I, 28 Grand-Perche, 172. Touraine, 340. Loudunois, XXXIII, 1. Maine, 99. Anjou, 86. Bourbonnais, arg. 180. — En Normandie (225), la garde royale finit à 21 ans, toute autre garde à 20 ans.

(2) Laon, 261. Melun, 290. Marche, 74.

(3) Paris, 268. Étampes, 89. Montfort, 117. — Elle finit, par exception, à Dourdan (127) et à Reims (335) à 25 ans seulement.

(4)

Pour les mâles :	*Pour les filles :*	
A 15 ans.	12 ans.	(Vitry, 65.)
15 ans.	11 ans.	(Boulenois, 77. Ponthieu, arg. art. 58.)
14 ans.	12 ans.	(Amiens, 134. Péronne, 58, 226. Calais, 139. Chauny, 134. Saint-Quentin, 77, 98. Reims, 113, 332. Chaumont, 12. Troyes, 18. Meaux, 145, 153. Duché de Bourgogne, - VI, 4. Nivernais, IV, 5. Berri, I, 37. Blois, 8. 58.)
14 ans.	11 ans.	(Artois, arg. art. 154.)

(5) Cout. de Chartres, art. 41, 42. — Sont muettes, quant à la majorité féodale et à la fin du bail, les cout. de Bassigny, Auxerre, Poitou, Angoumois, La Rochelle, et du comté de Bourgogne; quant à la majorité féodale seulement, la cout. de Bar.

(6) Cout. de Vitry, art. 65. — *Voyez* aussi cout. d'Anjou, article 251, comparé à Clermont en Argonne, VIII, 23. Bourbonnais, 312. Haute-Marche, 247. Bretagne, 499. Normandie, 298.

(7) Telle était aussi l'ancienne fixation de la majorité dans les coutumes de Bourbonnais (33, 175) et d'Auvergne (XIII, 1).

majorité des nobles est fixée à vingt ans pour les mâles, à quatorze pour les femmes; celle des roturiers l'est sans distinction de sexe à vingt ans, pour la disposition des immeubles sans intervention de la justice, à quatorze ans pour disposer des meubles, jouir de ses biens et les administrer (1).

Entre les coutumes qui, pour la fixation de la majorité féodale, suivent le deuxième système, celles de Ponthieu (58), Boulenois (119), Chauny (A. 137), Vitry (65) et du duché de Bourgogne (arg. VI, 3, 4, 6), font coïncider avec la majorité féodale la majorité commune. Celles de Péronne (234), Amiens (133) et Calais, (66, 80), au contraire, fixent cette dernière à vingt ans; celle de Reims (6, 8, 9, 35), à vingt ou dix-huit ans selon les sexes. La coutume d'Artois (14) exige, selon cette même distinction, vingt ans ou seize pour aliéner ses immeubles, et quatorze ans ou onze pour administrer ses biens. Enfin les coutumes de Nivernais (XXII, 2. XXIII, 22. XXX, 5, 6) et de Berri (I, 14, 37. II, 34. XVIII, 10. XX, 1), font finir la tutelle à la puberté (à quatorze ou douze ans), mais exigent vingt ans pour certains cas particuliers (2).

Entre les coutumes muettes sur l'âge de la majorité féodale, celle d'Auxerre (arg. art. 218, 225) exige, suivant les sexes, vingt ou dix-huit ans pour l'ancienne majorité commune. Dans le Poitou, l'Aunis, la Saintonge et l'Angoumois, la majorité de vingt-cinq ans paraît avoir été plus qu'une importation récente des docteurs du droit romain. Toutefois, dans la Saintonge (art. 3), les nobles sont hors de toute tutelle ou curatelle dès vingt et un ans.

III. L'âge requis pour tester est le plus généralement de vingt ans aux mâles, et de dix-huit aux filles (3), ou de vingt ans sans distinction de sexe (4). Dans le Poitou (276), il faut vingt ou dix-huit ans, pour tester des immeubles, dix-sept ou quinze pour tester des meubles; dans l'Angoumois (119), le fils de famille peut tester à dix-sept ans. L'âge de tester est, dans le Berri (XVIII, 1), la pleine puberté fixée à dix-huit ans. Sous la coutume de Clermont en Argonne, il est de dix-huit ans pour les mâles, de quatorze ans pour les filles (5). Enfin, en Normandie (414-415), on peut tester du tiers de ses meubles à seize ans, et de tous ses meubles à vingt.

II. *Des biens.*

1° Distinction des biens.

I. La coutume de Paris (88) dispose expressément qu'il y a deux sortes de biens seulement, c'est à savoir, meubles et immeubles (6).

D'après la plupart des coutumes, sont immeubles, les fonds de terre, avec les fruits pendants par branches et racines, et le poisson en fosses ou étangs; les maisons et édifices, avec ce qui y tient par fer, clou, crochet, cheville, chaux ou plâtre, et ce qui ne peut être enlevé sans fracture ou détérioration; enfin, tout ce qui a été mis à perpétuelle demeure et pour l'exploitation du fonds.

Par exception, les fruits ou du moins certains fruits, après certaines époques de l'année, le bois et le poisson, après un certain laps de temps, sont réputés meubles dans plusieurs coutumes, quoiqu'ils ne soient pas encore ameublis de fait par la séparation, la coupe ou la pêche (7).

Ces dispositions ne sauraient être considérées comme absolues, puisqu'on voit qu'elles ne s'appliquent pas toujours en cas d'extinction d'usufruit ou de douaire, ni en saisie de fief (8).

Mais ce qui est plus digne encore de re-

(1) Dans la cout. du Maine, les meubles précieux ne peuvent être aliénés comme les immeubles qu'à 20 ans.

(2) On trouve aussi, pour certains cas particuliers, l'âge de 18 ans pour les mâles et de 14 ans pour les femmes prescrit par les cout. de Berri (1, 22), de Bourbonnais (174) et de la Haute-Marche (294).

(3) Paris, 293. Étampes, 103. Dourdan, 101. Montfort, 89. Mantes, 155. Péronne, 164. Amiens, 56. Laon, 59. Saint-Quentin, 20. Reims, 290. Châlons, 68. Sens, 68. Melun, 147. Grand-Perche, 131. Touraine, 324. Auxerre, 225. — Pour tester soit des immeubles en général, soit du moins des propres, il faut 25 ans, excepté à Saint-Quentin et à Sens.

(4) Calais, 86, 87. Bar, 74. Orléans, 293-294. — Pour tester les immeubles à Orléans, et des propres à Calais, il faut 25 ans.

(5) Cout. de Clermont en Argonne, VII, 2. Il faut 25 ans pour tester des immeubles autrement que pour causes pies.

(6) La cout. de Calais, art. 1, contient la même disposition. Celle de Reims (art. 16) semble dire la même chose: Tous biens sont meubles ou immeubles, censés ou réputés pour meubles ou immeubles.

(7) Cout. de Boulenois, 139. Laon. 104, 105. Reims, 19. Châlons, 112, 113. Vitry, 37 *in fine*, 93 *circa med.* 114. Clermont en Argonne, X, 6. Blois, 229. Nivernais, XXVI, 1-5. Bourbonnais, 285, 374. Normandie, 488, 505.

(8) Pour la saisie de fief, *voyez* cout. de Nivernais, IV, 57. Bourbonnais, 374. — Pour le douaire, cout. de Vitry, 94. Laon, 40. Reims, 252. Châlons, 252. — Cf. cout. d'Amiens, 123. Clermont en Beauvaisis, 165. Troyes, 86. Bretagne, 600. — *Secus* pour le douaire, Boulenois, 106.

marque, ce qui explique en même temps la singularité que nous venons de signaler, c'est que quelques coutumes admettent une sorte de biens intermédiaires entre les meubles et les immeubles : les cattels ou catheux (1). Ce sont des biens réputés immeubles d'après la présomption générale, mais considérés néanmoins comme meubles dans certains cas particuliers, principalement en partage de communauté et de succession.

Par la coutume d'Artois (139, 141-144, 146), les granges, étables et maréchaucées (écuries), les blancs bois qui ne sont pas à coupe ordinaire, les blés verts et autres *advestures* après la mi-mai, sont catheux ; et à ce titre, ils tombent en communauté, et vont à l'héritier des meubles (2). La coutume de Boulenois (73) règle de même, comme succession mobilière, les granges, étables et blancs bois (3).

Le nom de catheux ou cattels ne se trouve que dans les coutumes générales et locales d'Artois, dans les coutumes de Boulenois (82, 87), et dans celles de Montreuil (47) et de Beauquesne (10-12), locales d'Amiens. La chose se trouve ailleurs. Tandis que les coutumes de Paris (231), Orléans (208), Bar (83), Bassigny (56), Calais (33), excluent les fruits pendants de la communauté, et obligent seulement l'époux propriétaire du fonds ou ses héritiers à rembourser la moitié des frais de culture, les coutumes de Troyes (88), Chaumont (74), Meaux (71), Montargis (VIII, 13), Châteauneuf (69), du Maine (256), d'Anjou (239), de Berri (VIII, 23), considèrent au contraire comme meubles et font tomber en communauté les fruits industriels produits à frais communs de semailles ou de culture, quoique la dissolution de la communauté arrive avant la récolte, et avant même que les travaux de culture soient terminés. Il en est de même, tant en partage de communauté qu'en succession, sous la coutume d'Auxerre (193), pour les blés incontinent après les semences faites, et pour les vignes à partir du 16 mai ; et en partage de communauté seulement, sous la coutume de Nivernais (XXV, 2, 3), pour les fruits de la terre après les labourages parfaits, et dès avant les époques où, en d'autres cas, ils deviennent meubles (4). La coutume de Normandie (516) répute meubles les pépinières qui doivent être levées dans l'année de la dissolution du mariage, quant au partage entre la veuve et les héritiers du mari. La coutume de Blois (184, 185) déclare communs les fruits de l'année, y compris le poisson, si l'étang est en pêche l'année où la dissolution de la communauté arrive.

La coutume du Bourbonnais (284, 285) fait une distinction entre les fruits de la terre et le poisson : les premiers sont communs ; le second, jusqu'à deux ans après l'empoissonnement, est immeuble et propre, à charge de restituer les frais au *prorata*, si mieux n'aime le propriétaire laisser les copartageants prendre leur part dans la pêche. Ce système d'option, qui tient le milieu entre celui d'exclusion de la communauté et celui de prolongation partielle de cette même communauté quant aux fruits non séparés du fonds, est aussi suivi par les coutumes de Chartres (60), Dreux (51) et Clermont en Argonne (V, 18), et par celle de Laon (23) pour les fruits de la terre.

Un quatrième système est celui des coutumes de Châlons (111, 114), tant pour les fruits de la terre que pour les bois taillis, et de Laon (106) pour le poisson et les taillis seulement. Ils se partagent comme meubles après les époques où la coutume les répute ameublis, et au *prorata* du temps qu'a duré la communauté, si elle vient à se dissoudre avant ces époques (5).

---

(1) Cout. de Beauquesne, art. 10 : Bleds verds jusques à la my-may sont réputez immeubles ; et depuis ledit temps sont réputez catheux, et après pied couppé, meubles.

(2) Mais bois à coupe ordinaire, est réputé immeuble, s'il n'est ameubli. Artois, art. 143, auquel déroge, par une disposition remarquable, la coutume du bailliage de Lilliers, tit. I, art. 8 : Chênes au-dessus de 7 ans et en dessous de 60 ans sont réputés héritages (immeubles). — Les coutumes locales d'Arras (art. 4 et 5), vont encore plus loin que la générale d'Artois : Tous héritages situez esdites ville, loy, banlieue et eschevinage, sont de telle nature, qu'ils ne tiennent la cotte ne la ligne dont ils procèdent. Tous lesdits héritages sortissent nature de meuble. — *Voyez* des dispositions semblables. Lille, I, 6. La Bassée, 6. Salle de Lille, VII, 11. Esreux, art. unique. Ces dispositions tout à fait exceptionnelles introduisent un droit nouveau et favorable aux transactions des bourgeois dans un pays industrieux et marchand.

(3) Mais la douairière prend son douaire sur les granges et étables, qui sont par conséquent réputées immeubles quant au douaire. Coutume de Boulenois, 108.

(4) *Voyez* ci-dessus. — *Secus* pour le poisson : Nivernais, XXVI, 61.

(5) C'est aussi au *prorata* du temps qu'a duré la communauté que se partagent les fruits civils, arrérages, loyers, fermages ; de sorte qu'entre époux et autres personnes communes les fruits civils sont censés s'ameublir jour par jour, tandis que la règle générale est qu'ils ne deviennent meubles qu'à l'échéance. — Par exception, les rentes et fermages sont quelquefois censés meubles, avant l'échéance, sitôt que les fruits pour lesquels ils sont dus ont été coupés ou recueillis. Cout. de Ponthieu, 57. Clermont en Argonne X 7. Orléans, 207, et Normandie, 510.

Enfin quand les coutumes de Montargis (XIII, 7) et de Dunois (78) décident que les meubles et conquêts immeubles, quant à la succession, sont réputés d'une même nature et condition, n'est-ce pas dire implicitement que les conquêts sont aussi en quelque sorte catheux? A ce titre, il n'y aurait guère de coutume qui n'admît cette troisième classe de bien. Mais, en laissant au nom de catheux sa signification propre et restreinte, on voit que les coutumes se divisent, quant à la distinction des biens, en coutumes qui ne reconnaissent que des meubles et des immeubles, et en coutumes qui admettent des meubles, des immeubles et des catheux.

Une fiction analogue à celle des catheux en matières de partages, fait considérer comme meuble soit ce qui tient aux fonds par fer, cheville ou plâtre, soit ce qui est mis pour servir à l'exploitation, comme les cuves et pressoirs, lorsqu'il y a été mis non par le propriétaire, mais par l'usufruitier, le fermier, le locataire, qui peuvent l'enlever à charge de remettre les lieux en bon état (1). Ici se rangent aussi les constructions faites de bonne foi sur le sol dont on n'est point propriétaire, comme par le mari sur l'héritage propre de sa femme.

Par une fiction inverse de celle des catheux, la coutume de Normandie (519) répute immeubles les bateaux et navires après leur saisie.

II. La distinction des immeubles en fiefs, censives et francs-aleux, ne rentre pas par elle-même dans notre cadre, quoiqu'il en soit fait de nombreuses applications même dans les matières de droit civil. Il suffira d'observer que quelques coutumes distinguent entre les fiefs nobles et les fiefs restreints ou ruraux (2), et entre l'aleu noble et l'aleu roturier (3). D'autres coutumes opposent simplement les biens nobles aux biens roturiers.

Nous ferons plus bas un grand usage de la distinction des immeubles en propres, acquêts et conquêts.

Les propres, biens patrimoniaux ou de naissant (4), sont les immeubles descendus à leur possesseur par succession directe ou à lui échus en succession collatérale, auxquels on assimile les immeubles donnés en avancement d'hoirie ou retirés par retrait lignager, etc.

Tous les immeubles acquis à d'autres titres, par achat, ou par don entre étrangers, etc., s'appellent acquêts.

En communauté entre époux ou autres personnes, les immeubles propres à chacun, comprennent d'abord des propres de naissant, et de plus tous les acquêts faits avant le commencement de la communauté. Tous les acquêts en immeubles faits depuis et durant la communauté, jusqu'à sa dissolution, se nomment conquêts.

2° Saisine.

I. Le principe de la saisine, tel que j'ai essayé ailleurs de la rétablir d'après les chartes du douzième et les coutumiers des treizième, quatorzième et quinzième siècles (5), a laissé de nombreuses traces dans nos coutumes officielles.

L'action possessoire que ces dernières accordent, et que le Code de procédure a de nouveau consacrée, n'a pas d'autre fondement.

La complainte en cas de saisine et de nouvelleté, que quelques coutumes appellent aussi *applégement* (6), et celle de Normandie (50), bref de nouvelle dessaisine, ne peut être intentée que par le possesseur d'an et jour, pour trouble commis dans l'an, parce qu'autrement le nouveau détenteur aurait acquis la saisine, et que l'ancien l'aurait perdue.

Elle ne peut s'intenter que pour immeubles, pour droits incorporels immobiliers, et pour meubles formant une universalité de choses, une succession par exemple, ou garnissant un domaine immobilier. Pour meuble singulier, il ne compète point de complainte, point de remède possessoire : c'est ce que disposent expressément plusieurs coutumes (7), et notamment celle d'Auvergne (II, 9), dont le témoignage est d'autant plus significatif, que cette province est plus rapprochée des pays de droit écrit et même comprise en partie dans leurs limites. La seule coutume de Bre-

(1) Touraine, 226. Berri, IV, 5. Normandie, 517, 518.

(2) Cout. d'Amiens, 225, 232. Cout. de Nivernais, IV, 29.

(3) Paris, 68. Vitry, 19, 20. Troyes, 52, 53. Clermont en Argonne, IV, 14-15.

(4) Plusieurs coutumes, à l'exemple des anciens coutumiers, les appellent aussi *héritages* par excellence.

(5) *Voyez* mon *Étude historique sur la saisine, Revue de législation et de jurisprudence*, t. II, p. 356-400.

(6) Bretagne, 103. Anjou, 234, 272. Maine, 251, 289. Touraine, 240. Loudunois, XXVII, 8. Poitou, 27-9293. La Rochelle, 25, 57. Angoumois, 117.

(7) Paris, 97. Montfort, 60. Clermont en Beauvaisis, 51. Calais, 251. Sens, 117. Clermont en Argonne, XXVII, 4. Orléans, 289. Montargis, XXI, 6. Bourbonnais, 91.

tagne (103) paraît faire exception, puisque, d'après elle, « on peut former plégements sur » toutes choses qui se peuvent posséder, tant » meubles que immeubles, droits corporels » que incorporels (1). »

Plusieurs coutumes ne font point mention de la complainte (2); d'autres l'indiquent d'un mot, sans en déterminer les effets ni les conditions. Elle était de droit commun en France : admise partout, identique partout, elle n'avait besoin ni d'explications ni de sanction nouvelle.

II. Le principe de la saisine est de même consacré, au pétitoire, en ce qui concerne les meubles. Meubles n'ont point de suite par hypothèque ni en exécution, quand ils ont été mis sans fraude hors de la possession du débiteur : c'est ce qu'attestent explicitement (3) ou implicitement presque toutes nos coutumes. Mais elles consacrent en même temps certaines exceptions à la règle, qui ne sont qu'une autre application du principe. Le locateur peut suivre les meubles, fruits, engrais, etc., qui garnissaient sa maison ou se trouvaient sur son champ, lorsqu'ils ont été enlevés sans son consentement (4). Le droit de suite appartient aussi à celui qui a vendu sans terme, lorsqu'il n'est pas payé du prix (5). Toutefois, dans l'un et dans l'autre cas, le droit de suite cesse, dès que les choses enlevées ou vendues ont été revendues par autorité de justice, ou même autrement à un tiers, suivant quelques coutumes. Mais par la vente judiciaire, l'acheteur d'un meuble est assuré contre tous, si ce n'est chose furtive (6).

Cette autre règle, qu'en fait de meubles possession vaut titre, ne se trouve point écrite dans nos coutumes : quelques-unes accordent même le droit de suite, l'aveu (7) ou revendication de propriété mobiliaire, et l'action *ad exhibendum* pour en faciliter l'exercice (8). Mais la coutume de Reims (406) ne l'accorde qu'à celui qui est dessaisi, c'est-à-dire qui a perdu la possession ou saisine de fait contre son gré, et non par tradition volontaire de la chose à quelque titre que ce puisse être ; celles d'Étampes (167), de Melun (323) et d'Orléans (454) exigent que la chose ait été trouvée et vue à l'œil en la possession d'un tiers, et celle d'Orléans se sert même de l'ancien terme technique d'entiercement. Enfin les coutumes du Maine (161, 435) et d'Anjou (146, 420), disposent que, quand celui qui est trouvé saisi et vêtu de la chose ne peut s'excuser par garant ou autrement, il demeure criminel : ce qui indique suffisamment qu'il s'agit de la revendication d'une chose volée ; d'autant que le demandeur, s'il succombe, est lui-même puni d'amende arbitraire. C'est à ce cas que s'applique la prescription pour meubles après trois ans de possession publique (9).

Les choses mobiliaires trouvées ou perdues, que la coutume de Normandie appelle choses gaives, et les autres coutumes épaves (particulièrement les animaux domestiques égarés) peuvent être suivis et revendiqués, mais dans un très-bref délai seulement. Après l'expiration de ce délai, le seigneur dans la justice duquel elles ont été trouvées, les peut faire vendre, et faire son profit du prix, si le propriétaire ne se présente dans un nouveau délai très-court, de six semaines au plus. Il n'est d'an et jour que dans les seules cou-

(1) On pourrait penser qu'il en est de même de la coutume de Ponthieu (142), qui accorde la complainte pour chose réelle ou *mobilière*. Mais toute la contexture de cet article prouve qu'il faut lire *immobilière*, ainsi que Guénois l'a observé.

(2) Sont muettes, les coutumes d'Étampes, Dourdan, Amiens, Boulenois, Artois, Vitry, Troyes, Chaumont, Bar, Bassigny, Meaux, Chartres, Dreux, Châteauneuf, Grand-Perche, Auxerre, Nivernais, Berri, du duché et du comté de Bourgogne. — Au reste, ces coutumes mentionnent elles-mêmes la saisine de l'héritier, qui consiste précisément dans le droit de se complaindre dans l'an de la succession échue. Après l'an, il faut venir par action.

(3) Paris, 170. Étampes, 69. Dourdan, 57. Montfort, 71. Mantes, 65. Senlis, 208. Clermont en Beauvaisis, 56. Valois, 158. Calais, 226. Reims, 186. Châlons, 273. Troyes, 72. Chaumont, 65. Sens, 151. Bar, 60. Bassigny, 83. Clermont en Argonne, X. 4. Meaux, 125. Melun, 313. Montargis, XX, 15. Grand-Perche, 206. Blois, 268. Touraine, 220. Anjou, 421. Maine, 436. Auxerre, 129. Berri, IX, 9. Bourbonnais, 116. Auvergne, XXIV, 52. Haute-Marche, 400. La Rochelle, 60. Duché de Bourgogne, V, 4. Comté de Bourgogne, 104.

(4) Paris, 171. Dourdan, 57. Montfort, 71. Mantes, 65, 92. Amiens, 156. Laon, 274. Châlons, 271. Reims, 186, 387. Orléans, 415, 416. Grand-Perche, 206. Blois, 268. Auxerre, 129. Nivernais, XXXII, 17, 19. Berri, IX, 38, 46. Bourbonnais, 118, 125. — Je ne cite que les coutumes qui parlent nettement du droit de suite contre les tiers, et non du droit qu'a le locateur de contraindre le locataire ou fermier à remettre les meubles qu'il a enlevés.

(5) Dourdan, 144. Montfort, 181. Mantes, 65, 192. Calais, 244. Reims, 398. Grand-Perche, 206.

(6) Blois, 206.

(7) Aveu de meuble : Anjou, 146. Maine, 161, 436. Saintonge, 114. La Rochelle, 20.

(8) Étampes, 167. Melun, 325. Blois, 269.

(9) Anjou, 419. Senlis, 214. Amiens, 163. Maine, 434. Clermont en Argonne, XIV, 8. Melun, 169. Comté de Bourgogne, 51. — Cette prescription de 3 ans pour meubles n'a pas lieu en Berri (XII, 10). En Bretagne (284) il faut 5 ans; dans le Boulenois (120), 20 ans.

tumes de Normandie et de Boulenois (1).

Ce n'est donc qu'en cas de perte fortuite, involontaire, de la saisine, et non en cas de tradition de la chose, que le droit de suite reste au propriétaire (2). La coutume d'Orléans (456) ne fait peut-être exception qu'en apparence, en permettant la distraction par le propriétaire d'un meuble saisi sur un tiers détenteur. La coutume de Calais (226) veut au contraire que, tant qu'ils se trouvent en la possession du débiteur, les meubles puissent être saisis, nonobstant toutes aliénations et transports que le débiteur en pourrait avoir faits. Cette même coutume (249) et celle de Paris (182) permettent la distraction du dépôt lorsqu'il est trouvé en nature entre les mains du dépositaire. Les coutumes de Berri (XVII, 8, 10) et de Nivernais (XXI, 16), permettent de suivre le cheptel vendu par le preneur ou exécuté sur lui. Les autres coutumes sont muettes.

III. Pour acquérir la saisine de droit d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, le principe, dans sa rigueur primitive, exigeait pour tous ceux que la coutume ne saisit pas de droit (comme elle fait l'héritier, dans certaines coutumes la douairière, etc.), la tradition ou la prise de possession, non de fait, mais judiciaire, savoir : la foi et hommage, ou la souffrance baillée par le seigneur, qui vaut foi, pour les fiefs ; la dessaisine de l'ancien possesseur et l'ensaisinement de l'acquéreur par le seigneur censuel, pour les censives ou vilenages ; l'insinuation devant la justice ordinaire pour les aleux ; ou, enfin, en cas de contestation, la main assise et mise de fait par justice confirmées par décret. La préférence était accordée à la priorité, de cette saisine de droit et non à la priorité de l'acte translatif de propriété, ou constitutif en rente ou d'hypothèque.

Cet ancien système, qui considérait comme obligation pure, personnelle tout droit sur chose immobilière non réalisé ou nanti par l'une des formes prescrites ne s'est conservé que dans les coutumes dites *de saisine et de nantissement*, c'est-à-dire dans la Picardie, excepté Montdidier et Calais, dans l'Artois, à Chauny dans le Vermandois, excepté Châlons et dans tout l'ancien ressort de Senlis (3). Les seigneurs devant lesquels les dessaisine et saisine, vest et devest se devaient faire, étaient tenus d'en tenir registre à part à leurs greffes, s'ils en avaient, sinon, au greffe du plus prochain juge royal du lieu (4).

Toutefois, la femme mariée et les mineurs ont hypothèque tacite pour la conservation de leurs droits (5) ; la coutume d'Amiens admet même toutes les hypothèques tacites du droit écrit (6). D'autres dérogations sont introduites par la coutume de Senlis, sous laquelle appréhension de fait vaut saisine (7) ; par celles de Péronne (265) Chauny (34,35), Laon (129-130) et Reims (167,168), où jouissance de dix ans équipolle à saisine, etc. Certaines charges réelles sont aussi dispensées du nantissement.

L'influence du droit romain, de ce droit si peu soucieux des garanties de publicité consacrées par notre ancien droit coutumier, et que le Code civil n'a qu'imparfaitement restituées, est ici évidente. Son triomphe fut bien plus complet dans le reste de la France, excepté en Bretagne, où l'on suivait un système analogue à celui de la saisine et du nantissement, le système des *appropriances*.

Sous la coutume de Bretagne, tout acquéreur d'immeubles, de servitudes, ou d'autres droits réels peut prendre possession actuelle en vertu du titre qu'il tient du possesseur actuellement saisi par an et jour, par lui ou ses prédécesseurs. Après cette prise de posses-

(1) Péronne, 17-13. Amiens, 190. Boulenois, 22. Chaumont, 93. Sens, 11. Bar, 32. Bassigny, 8. Clermont en Argonne, I, 27. Meaux, 204. Melun, 7-8. Orléans, 163 suiv. Montargis, V, 1. Touraine, 52-53. Loudunois, III, 1-2. Maine. 47. Anjou, 40. Auxerre, 14. Nivernais, I. 1-4. Berri, II, 7 suiv. Bourbonnais, 336. Auvergne, XXVI, 1 suiv. Haute-Marche, 321. Poitou, 302-303. Normandie, 604 suiv. Bretagne, 47. Duché de Bourgogne, I, 1-3. Comté de Bourgogne, 59. — Les abeilles peuvent être revendiquées quand elles sont suivies à l'œil. (Amiens, 190. Touraine, 54. Loudunois, III, 3. Maine, 13. Anjou, 12. Bourbonnais, 337. Auvergne, XXVI, 7. Haute-Marche, 325) ; le poisson des étangs ne peut l'être qu'en montant (Orléans, 171-172. Blois, 228-229), c'est-à-dire en tant qu'immeuble seulement, et non comme meuble.

(2) Il ne reste pas seulement au propriétaire, mais à tout détenteur dessaisi : « Et peut le créancier poursuivre ledit gage (dont il avait été nanti), s'il vient en main tierce, quand par quelque façon, outre son gré, il est sorti hors de ses mains. » *Coquille*, question 63.

(3) Cout. de Senlis, 216-275. Clermont en Beauvaisis, 36-37. Valois, 13, 19, 188, 189. Péronne, 258, 259, 264. Amiens, 137, 140 et suiv. Ponthieu, 4, 5, 113. Boulenois, 61, 115, 117. Artois, 43, 71, 75. Chauny. 9, 10, 30, 32. 33, 55. Laon, 116, 119, 126, 128. Reims, 166, 176, 230. — Cout. de Calais, 228. Châlons, 133.

(4) Péronne, 260. Laon, 124. Reims, 177.

(5) Péronne, 269. Laon, 124. Reims, 182.

(6) Amiens, 139. Étendu aux coutumes de Ponthieu et du Boulenois par arrêt de 1639.

(7) Senlis. 211-212. — Sous la coutume de Laon, 33, elle vaut saisine en franc-aleu. La cout. de Péronne dispense aussi de la saisine en franc-aleu, art. 267.

sion, trois bannies doivent être faites par trois dimanches consécutifs, après l'issue de la grand'messe des paroisses où les immeubles sont situés, en indiquant la cour prochaine ou supérieure par laquelle l'acquéreur entend s'approprier. Aux prochains plaids généraux de cette cour, les bannies sont rapportées et certifiées en jugement, huitaine franche au moins après la dernière bannie. Après la certification dûment faite, aucune opposition n'est plus reçue, et l'acquéreur est approprié. Il y a seulement délai d'an et jour pour ceux qui étaient absents du duché au temps de la certification des bannies (1).

Ailleurs il ne s'est conservé quelques traces de l'ancien système de saisine et de nantissement que dans l'insinuation des donations entre-vifs ou la prise de possession réelle des choses données, prescrites par quelques coutumes, et dans l'inféodation, l'ensaisinement ou l'insinuation requis par plusieurs autres pour faire courir l'an du retrait (2).

IV. Le droit coutumier paraît n'avoir admis originairement d'autres prescriptions que la prescription immémoriale, qui décidait au pétitoire entre plusieurs saisines de fait, et la prescription d'an et jour, qui rendait incommutable la saisine de droit, de même que la saisine de fait, continuée par an et jour, engendrait la complainte au possessoire. Mais, par la désuétude de l'insaisinement et du nantissement judiciaires, les immeubles retombèrent sur la loi des meubles; la simple tradition volontaire, réelle d'abord, fictive ensuite, suffirent pour transmettre les droits de propriété ou de charges réelles sur immeubles; ou bien l'on considéra la seule convention, le titre destitué de toute publicité, comme procurant la saisine de droit. Le droit de suite, l'action réelle, furent dès lors exclus par la dessaisine volontaire, quoique extra-judiciaire ou par l'effet seul du contrat. Ils ne pouvaient plus être admis que dans le cas de contestation entre des personnes élevant des prétentions contradictoires sur le même immeuble, sans dériver leur droit l'une de l'autre, de telle sorte que l'une d'elles paraissait dessaisie par l'autre *outre son gré*. Dans ce cas, et à défaut de l'investiture solennelle et publique, on ne peut plus admettre le court délai d'an et jour pour décider par la prescription entre les parties adverses; et s'en rapporter à la prescription immémoriale, sans le correctif qui l'accompagnait dans l'ancien droit, c'eût été rendre les contestations interminables. Il était donc naturel d'accueillir avec faveur la prescription romaine de dix et vingt ans avec titre, et de trente ans sans titre : c'est elle, en effet, qui a été adoptée par le plus grand nombre des coutumes (3), entre autres même par plusieurs de celles qui avaient conservé le système de saisine et de nantissement : la conciliation de cette contradiction apparente, se trouve dans la dispense de l'ensaisinement judiciaire pour le franc-aleu et certaines charges réelles, et dans la règle que possession de dix ans équipolle à saisine.

Un autre système, suivi dans une partie du centre et du sud-est de la France coutumière,

---

(1) Cout. de Bretagne, art. 269, 270, 273, 280. Ces dispositions ne sont pas en opposition avec l'art. 177 de la même coutume.

(2) Pour la possession réelle en fait de donations, *voyez* plus bas. — Pour le délai du retrait, il y a grande diversité. Il court à partir de l'inféodation pour les fiefs et de l'ensaisinement pour les censives (Étampes, 170. Dourdan, 132. Montfort, 160. Mante, 72. Meaux, 88-89. Melun, 130), et pour les aleux, à partir de l'insinuation du contrat (Paris, 130-132) ou de la possession réelle (Châlons, 226. Troyes, 144. Vitry, 126. Chaumont, 112); — ou bien à partir de l'inféodation pour les fiefs et de la possession réelle pour toutes les rotures (Bassigny, 107. Clermont en Argonne, XVI, 2). — Ailleurs, il court du jour de l'insinuation en justice (Calais, 143. Poitou, 319. Angoumois, 80. La Rochelle, 33. Saintonge, 50), ou de la publication du contrat (Normandie, 452), ou de la prise de possession réelle (Chartres, 67. Châteauneuf, 77. Nivernais, XXXI, 2. Bourbonnais, 422. Auvergne, XXIII, 2. Comté de Bourgogne, 67), ou enfin de la possession et interposition de décret (Bar, 144) sans distinction entre les diverses natures des biens. — A Orléans (363-364), à dater de l'inféodation pour les fiefs, et du simple contrat pour les rotures. Les coutumes de Sens, 32. Montargis, XVI, 1-2. Dreux, 59. Grand-Perche, 177. Blois, 193. Du Maine, 361. D'Anjou, 346. Auxerre, 154-185. Berri, XIV, 1. Haute-Marche, 260, le font courir de la date de la vente; celles de Touraine, 152-153. Loudunois, XV, 1, XXVII, 3. Du duché de Bourgogne, X, 1, ne s'en expliquent pas clairement. En Bretagne, le délai du retrait se confond avec celui des oppositions à l'appropriance, 270, 274, 302.

(3) Paris, 113, 114, 118. Étampes, 63-65. Dourdan, 73-74. Montfort, 61-63. Mante, 108-109. Calais, 205, 206, 210. Châlons, 145. Vitry, 134-136. Bar, 189. Bassigny, 171. Clermont en Argonne, XIV, 1-2. Meaux, 80-82. Melun, 170-172. Dreux, 66. Grand-Perche, 209. Blois, 192. Auxerre, 188. Haute-Marche, 90-91. Saintonge, 111. — Senlis, 188-189. Clermont en Beauvaisis, 66, 67, 70. Valois, 119, 120, 123. Péronne 210-211. Amiens, 160-161. Chauny (65-66.) Laon, 141-142. Reims, 180-181. — La coutume de Poitou (372) admet la prescription de 10 et 20 ans, avec titre; mais il suffit d'alléguer son titre et de le jurer, sans autre exhibition, à moins qu'on ne se prévale du titre de son prédécesseur (373). — Les coutumes de Troyes, Chaumont, Sens, Chartres, Châteauneuf, La Rochelle et Augoumois sont muettes.

ramène toutes les prescriptions à trente ans, avec ou sans titre, entre présents ou absents (1).

Toutefois, dans ces deux systèmes, l'action hypothécaire ne peut, par exception, être prescrite contre son titre par l'obligé et ses héritiers (2), ou même, sous quelques coutumes (3), par les tiers détenteurs, que par quarante ans. On ne prescrit aussi contre l'Église que par quarante ans (4).

Un troisième système fixe la prescription dans le Ponthieu (115) et le Boulenois (120), à vingt ans, avec ou sans titre, entre présents ou absents, et dans l'Artois (72, 73), avec ou sans titre à vingt ans entre présents, et trente ans entre absents; sauf toujours le privilége de l'Église (5).

En Normandie (60, 521), la prescription de quarante ans vaut titre en toute justice, pour quelque cause que ce soit; mais, dans les quarante ans, chacun peut revendiquer un héritage qui lui appartient et qui a appartenu à ses prédécesseurs, et dont la possession a été perdue depuis quarante ans.

Ce quatrième système a été suivi en Bretagne avec quelques modifications résultant du système des appropriances. Pour prescrire sans titre, il faut quarante ans; avec titre et possession réelle, quinze ans; avec titre, prise de possession et certification en jugement d'une seule bannie au lieu de trois, dix ans (6).

Enfin le premier système, modifié par le tennement de cinq ans, a été suivi par les coutumes de Touraine, Loudunois, du Maine et d'Anjou. En général, on prescrit par dix et vingt ans avec titre, et sans titre par trente ans, pour la propriété des immeubles, les cens et rentes foncières, ainsi que pour toutes les hypothèques, charges et rentes constituées à prix d'argent depuis plus de trente ans. Pour les charges créées depuis trente ans au moins, la prescription en est acquise par celui qui a possédé l'immeuble grevé, franchement et sans interruption l'espace de cinq ans, pourvu qu'il n'ait acquis l'immeuble à ces charges (7). Entre les acquéreurs de ces hypothèques en rentes constituées depuis trente ans seulement, le premier en date, quoiqu'il n'ait pas pris possession est préféré; mais il perd son rang, quand il laisse un créancier postérieur prendre possession ou faire poursuite et diligence, sans *l'interrupter* dans les cinq ans, et, dans ce cas, les seconds et subséquents créanciers priment le premier, qui peut toutefois recouvrer le droit de venir à contribution avec eux, si ceux-ci le laissent prendre possession ou faire diligence, sans l'interrupter à leur tour; que si le premier en date avait pris possession avant les derniers, ceux-ci, par le tennement de cinq ans sans interruption, n'acquièrent que le droit de venir à contribution avec lui. Toutefois, ce système d'interruption n'a lieu que dans le Maine (479-481) et l'Anjou (476, 9); dans la Touraine (210-215) et le Loudunois (XX, 6, XXII, 3) le premier est toujours préféré pourvu qu'il ait pris possession ou fait des poursuites, quand même les derniers créanciers l'y auraient prévenu; mais si les derniers sont seuls en possession, ils priment le premier, et quand aucun ne possède, ils viennent tous à contribution.

Dans le sixième, et dernier système, le privilége de l'Église de ne perdre son droit que par la prescription de quarante ans, ne s'applique qu'aux biens qui sont de l'ancien domaine de l'Eglise, ou qui ont été acquis par elle depuis plus de quarante ans (8).

V. Le très-grand nombre des coutumes décide que les servitudes ne portent point saisine et possession, et qu'on ne peut les acquérir par prescription, même centenaire, mais qu'il faut titre exprès ou fait équivalent à titre, comme la destination du père de famille.

Cette règle a pourtant des exceptions : A Mantes (94) et à Reims (350), elle n'a lieu que dans les villes et faubourgs; hors des villes on suit les prescriptions du droit écrit. Dans

(1) Orléans, 260-261. Montargis, XVII, 1. Nivernais, XXXVI, 1. Berri, XII, 1. Bourbonnais, 23. Auvergne, XVII, 1-2. Duché de Bourgogne, XIV, 1. Comté de Bourgogne, 51.

(2) Mante, 109-111. Senlis, 191. Péronne, 213. Calais, 214. Chauny, 67. Laon, 143. Reims, 318-383. Châlons, 148. Vitry, 137. Clermont en Argonne, XIV, 4. Melun, 174. Orléans, 261. Montargis, XVII, 1.

(3) Grand-Perche, 211. Dans cette coutume (213) il faut aussi 40 ans pour prescrire la rente foncière. Les cens et rentes féodales et seigneuriales sont imprescriptibles, quoique la quotité et le mode puissent se prescrire, ainsi que les arrérages échus.

(4) Excepté sous les coutumes de Berri (XII, 1) et d'Auvergne (XVII, 1-2), qui n'exigent que 30 ans.

(5) Dans le Boulenois, il faut alléguer titre, sans le vérifier.

(6) Cout. de Bretagne, art. 271, 272, 275, 282.

(7) Touraine, 208-209. Loudunois, XX, 1, 4, 7. Maine, 437, 439, 445, 446, 484, 499. Anjou, 422, 424, 430, 431, 437, 438, 478. — Par la coutume de Loudunois (XX, 9) l'action hypothécaire dure 40 ans contre l'obligé et ses héritiers.

(8) Loudunois, XX, 7-9. Maine, 446, 459, 461. Anjou, 431.

l'Anjou (450), les servitudes de maisons sont imprescriptibles, les rurales se prescrivent par trente ans. Il en est de même à Clermont en Argonne (XIV, 5) pour toutes les servitudes, excepté les rues et égouts en édifices, qui ne peuvent se prescrire par quelque temps que soit. Les coutumes de Bar (171-177-179), Meaux (75), Berri (XI, 2-4) et Nivernais (X, 2) admettent la prescription de trente ans pour les servitudes, mais seulement à partir de la contradiction expresse qui serait faite à leur exercice par le possesseur du fonds servant. Toutes servitudes s'acquièrent, suivant les coutumes de Laon (145) et de Châlons (144), par trente ans; suivant celle de Chauny (69) et d'Amiens (165) par quarante ans; suivant celle du Grand-Perche (216) par la possession immemoriale (1).

Mais c'est une règle sans exception que le pied saisit le chef; que par conséquent le dessus et le dessous appartiennent à celui qui possède la surface du sol, s'il n'y a titre au contraire, aucune possession ni prescription ne pouvant à cet égard dispenser du titre.

D'un autre côté, les règles sur les prescriptions des servitudes ne s'appliquent qu'à celles qui procèdent du fait de l'homme, et cèdent à la présomption légale de celles que la coutume établit de plein droit, comme la mitoyenneté des murs et la distance à observer pour faire des constructions près du mur mitoyen ou non, qui sépare deux fonds voisins.

La franchise des servitudes s'acquiert ordinairement par trente (2) et quelquefois par quarante (3) ou par vingt ans (4).

3° Engagements.

Les coutumes contiennent quelques dispositions sur les obligations, les actions et les exécutions.

Les unes se rapportent à la procédure, et sont par conséquent en dehors du cadre que je me suis prescrit. Celles qui concernent le droit civil proprement dit sont trop incomplètes pour qu'il y ait lieu de s'y arrêter dans une esquisse qui se borne aux textes officiels et positifs que les coutumes peuvent nous fournir.

Le droit coutumier, en fait d'engagement, consistait principalement en une suite de dérogations tacites au droit romain, qui, pour ces matières et dans ces limites, devint de bonne heure prépondérant même dans la France coutumière. C'est à la jurisprudence, aux recueils d'arrêts et aux écrits des jurisconsultes, plutôt qu'aux coutumes écrites, qu'il faut s'adresser, pour apprendre comment la théorie romaine des obligations s'appliquait et se modifiait en France.

III. *De la famille.*

1° Mariage.

La femme est en la puissance de son mari : elle ne peut ester en jugement si elle n'est autorisée de lui ou de justice; elle ne peut disposer de ses biens entre-vifs, ni s'obliger, sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée ou marchande publique.

Le mari, comme bail de sa femme, relève les fiefs qui appartiennent à celle-ci, ou qui lui échéent durant le mariage (sauf les coutumes où l'aîné garantit ses sœurs du relief de leur premier mariage); il administre les biens de sa femme, exerce ses actions mobilières et possessoires, mais ne peut aliéner ni hypothéquer ses immeubles sans son consentement.

La puissance maritale est explicitement ou implicitement reconnue par toutes les coutumes sans exception. Il n'en est pas qui ne mentionnent au moins une de ses conséquences.

Les coutumes d'Artois (86), de Bar (108), de Clermont en Argonne (VII, 7) et de Normandie (417) soumettent même le testament de la femme à la condition du consentement du mari.

Dans les coutumes d'Artois (87) et d'Auvergne (XIV, 1) la fiancée passe déjà, comme la femme mariée, sous la puissance de son futur époux.

II. Le mariage émancipe, c'est-à-dire que, par le plus grand nombre des coutumes, homme et femme conjoints par mariage sont réputés âgés et à leurs droits, hors de puissance, de garde et de tutelle; habiles à administrer leurs biens, à ester en justice, contracter, s'obliger et tester, sans pouvoir toutefois aliéner ni hypothéquer leurs immeubles.

L'émancipation par mariage n'a lieu que pour la femme seulement sous les coutumes de Normandie (227, 230), Auvergne (XIV, 12), Haute-Marche (298), Montargis (VII, 5, 6),

(1) Les coutumes de Ponthieu, Artois, Vitry et Chaumont, sont muettes quant à la prescription acquisitive des servitudes.

(2) Cout. de Paris, 186. Calais, 172. Orléans, 226.
(3) Cout. de Normandie, 608.
(4) Cout. de Ponthieu, 115.

du duché (IV, 1) et du comté de Bourgogne (24).

La coutume de Poitou répute aussi la fille tant noble que roturière pour émancipée par le seul fait du mariage, tandis que pour le mâle noble il faut une émancipation expresse, et pour le roturier, mariage et demeure séparée par an et jour (1). Cette dernière disposition est aussi celle de la coutume d'Angoumois (120). Sous la coutume de Saintonge (art. 2, 73) il faut pour l'émancipation des mâles, tant nobles que non nobles, âge, mariage et demeure séparée; tandis que le mariage à lui seul émancipe les filles.

La coutume de Bourbonnais (166), permet au père qui marie son fils de retenir par le contrat la puissance qu'autrement il perdrait par l'effet du mariage. La fille mariée est irrévocablement émancipée (232).

Le mariage n'émancipe point quant aux fiefs, et ne tient pas lieu de la majorité féodale (2).

III. Dans toute la France coutumière, excepté l'Auvergne, la Haute-Marche et la Normandie, homme et femme conjoints par mariage sont communs en tous biens meubles et conquêts immeubles, et fruits des immeubles propres, ainsi qu'en toutes dettes mobilières, tant actives que passives, chacune pour moitié (3).

Mais par une coutume tout aussi générale, le mari est chef et seigneur de la communauté, et il en peut disposer entre-vifs à sa volonté, sans le concours ou le consentement de la femme, ensorte qu'il semble que celle-ci n'y ait rien durant le mariage, c'est ce qui a donné lieu aux rédacteurs de la coutume de Reims, de faire précéder une série d'articles qui consacrent les principaux effets de la communauté (4) par cette disposition étrange (art. 239) : « Homme et femme conjoints par » mariage ne sont uns et communs en biens » meubles et conquêts immeubles faits du- » rant et constant le mariage : ainsi le mari » seul, sans l'advis et consentement de sa » femme, en peut disposer comme et à qui » bon lui semblera. »

IV. Régulièrement, la communauté commence dès le jour de la bénédiction nuptiale, et plusieurs coutumes en ont la disposition expresse (5). Dans les coutumes du Grand-Perche (102, 103), de Loudunois (XX, 1), du Maine (508) d'Anjou (511) et de Bretagne (424, 469), la communauté n'a lieu, par exception, qu'entre époux qui ont demeuré ensemble par an et jour, mais avec effet rétroactif au jour du mariage. Il en est de même sous les coutumes de Chartres (57-59), Dreux (48-50) et Châteauneuf (66-68) pour les mariages en premières noces; mais si l'un des époux a déjà été marié précédemment, la nouvelle communauté a lieu dès la première nuit de leur mariage.

V. La communauté est dissoute par la mort de l'un des époux, et se partage par moitié entre le survivant et les héritiers du prédécédé. La veuve noble seulement, sous les coutumes de Senlis (147), Clermont en Beauvaisis (188), Valois (97), Troyes (12), et Chaumont (7), la veuve noble ou non noble, sous la plupart des autres coutumes, peuvent renoncer à leur part dans les meubles et conquêts de la communauté, et partant rester quittes de leur part des dettes. La coutume de Berri (VIII, 9) permet seulement de stipuler par contrat de mariage que la veuve pourra renoncer à la communauté (6).

VI. Dans plusieurs coutumes, la femme survivante, ou en général le survivant, prend hors part, ou emporte même, en cas de renonciation à la communauté, une partie de ses vêtements ou autres objets mobiliers (7).

Entre nobles, le survivant gagne tous les meubles, s'il n'y a pas d'enfants (8), ou même

---

(1) Cout. de Poitou, art. 225, 276, 312, 314.

(2) Cout. de Melun, art. 33. — Sont muettes, les coutumes de Senlis, Péronne, Amiens, Ponthieu, Boulenois, Artois, Chauny, Vitry, Chaumont, Maine et Anjou. Toutes les autres coutumes admettent l'émancipation par mariage.

(3) Autrefois, sous la coutume de Chaumont, il y avait diversité, et la femme, en quelques lieux, ne prenait qu'un tiers, et le mari les deux tiers. Voy. le préambule de l'art. 67. Dans l'Artois (135), les acquêts de fiefs n'entrent pas en communauté et la femme n'y a aucun droit si elle n'en a été saisie actuellement.

(4) Art. 240, 242, 265, 269. Toutefois que les héritiers de la femme ne succèdent qu'à la moitié des conquêts, les meubles restant au mari seul. Voyez aussi la cout. du comté de Bourgogne (27-29), qui, entre roturiers, semble ne comprendre dans la communauté que les conquêts et non les meubles; quoique Dumoulin soutienne le contraire.

(5) Paris, 220. Étampes, 96. Dourdan, 77. Mantes, 119. Valois, 94. Péronne, 112. Calais, 23. Laon, 17. Châlons, 19. Clermont en Argonne, V, 1. Melun, 211. Touraine, 230. Nivernais, XXIII, 2. Berri, VIII, 7. Poitou, 229. Angoumois, 40. Saintonge, 62. — Il faut entendre de même les coutumes muettes.

(6) Les coutumes de Sens, Montargis, Chartres, Dreux, Châteauneuf, Blois et du Maine sont muettes. Celle de Poitou (252) est douteuse.

(7) Amiens, 101. Ponthieu, 48. Chauny, 130-133. Laon, 22-27. Reims, 242. Châlons, 20-30. Bar, 80. Bassigny, 54-149. Touraine, 293-307. Loudunois, XXVII, 33, XXIX, 10-11. Bretagne, 436.

(8) Paris, 238. Étampes, 98. Montfort, 133.

quand il y a des enfants, suivant plusieurs coutumes (1). La coutume du comté de Bourgogne (25) ne donne ce droit qu'au mari noble survivant; celle de Bar (78) semble le donner au survivant sans distinction de nobles ou de non nobles (2); le survivant qui prend la totalité des meubles est tenu d'acquitter la totalité des dettes; aussi la femme peut-elle y renoncer, tandis que le mari, quelque renonciation qu'il fasse aux meubles, ne peut se soustraire au payement des dettes qu'il a contractées comme seigneur de la communauté (3).

Les coutumes de Valois (62) et de Clermont en Argonne (V, 8) donnent au survivant noble l'usufruit de la moitié des conquêts échus aux héritiers du conjoint prédécédé (4).

VII. Faute d'inventaire ou de partage régulier, la communauté est continuée par moitié entre le survivant et ses enfants : ceux-ci peuvent néanmoins, si bon leur semble, s'en tenir à la part qui leur revenait dans le partage à l'époque de la dissolution du mariage. Si le survivant se remarie sans faire inventaire ni partage, la communauté se continue par tiers ou par quart, selon que l'un des nouveaux époux ou tous deux ont des enfants du premier lit, les enfants à naître ne faisant de part dans la communauté continuée, non plus que dans la communauté primitive.

Les coutumes d'Orléans (216), de Poitou (234 suiv.) et d'Angoumois (42) n'admettent la communauté continuée qu'entre roturiers. Dans celles de Bassigny (55) et de Meaux (61), elle n'a lieu que quand l'indivision a duré an et jour; et celle de Nivernais (XXII, 4, XXIII, 22) exige de plus que les enfants aient atteint l'âge de puberté (5).

VIII. Entre personnes autres que conjointes par mariage, communauté n'a lieu régulièrement que par continuation de la communauté conjugale ou par convention expresse (6).

Plusieurs coutumes font une exception remarquable à cette règle. Suivant les coutumes de Troyes (101, 102), Chaumont (75), Bar (88), Bussigny (99, 70), Auxerre (201, 202) et Berri (8, 10), ceux qui, usant de leurs droits, vivant par an et jour à un commun pot, sel et dépense, en mélange de biens et communication de gains, profits et pertes, acquièrent tacite communauté entre eux de tous biens meubles et conquêts immeubles. Les enfants de famille, serviteurs, et autres personnes nourris par gratuité, affection, pitié ou service ne peuvent acquérir communauté tacite par quelque laps de temps qu'ils demeurent avec leurs parents ou autres personnes qui les nourrissent.

La communauté tacite se contracte de même par an et jour, mais entre roturiers majeurs et usant de leurs droits, seulement sous les coutumes de Poitou (231), Saintonge (58) et Angoumois (41), et entre frères, sœurs ou autres parents majeurs, sous les coutumes de Montargis (IX, 1), Chartres (61), Dreux (52), Châteauneuf (70), Nivernais (XXII, 2) et Bourbonnais (267).

Les coutumes de Meaux (63) et de Niver-

Mantes, 131. Calais, 39. Châlons, 28. Vitry, 74. Troyes, 11-12. Chaumont, 6-7. Sens, 83. Bassigny, 45. Meaux, 49 et suiv. Montargis, I, 40. Touraine, 247, 268, 270, 319. Berri, VIII, 13.

(1) Senlis, 146. Clermont en Beauvaisis, 189. Péronne, 126. Chauny, 17, 18, 129, 130. Laon, 20-21. Reims, 279-281. Clermont en Argonne, V, 8. Chartres, 57-87. Dreux, 75. Châteauneuf, 66. Loudunois, XXVII, 14. — Par la coutume de Melun (218), le survivant quand il y a enfants, rend les meubles, s'il se remarie. Voyez plus bas, les coutumes où le survivant fait les meubles siens à titre de gardien ou de bail.

(2) Les nobles prétendirent que l'ancienne coutume de Blois donnait au survivant tous les meubles et tous les conquêts, et ils appelèrent de l'article 182 de la coutume qui ordonne le partage par moitié des meubles et des conquêts entre nobles comme entre roturiers. — Ce privilége (229-240) du survivant noble n'a lieu dans l'Anjou (238) et le Poitou que par coutume locale; il n'a pas lieu à Orléans. (Voy. Montargis, I, 40): la coutume d'Orléans est muette ainsi que celles de Dourdan, d'Amiens, de Ponthieu, de Valois, de Boulenois, d'Artois, de Grand-Perche, du Maine, d'Auxerre, de Nivernais, de Bourbonnais, d'Angoumois, de la Rochelle, de Saintonge, de Bretagne et du duché de Bourgogne.

(3) La veuve noble ne peut en Touraine (268-269) renoncer au gain des meubles qu'en renonçant en même temps aux conquêts, c'est-à-dire à la communauté; la coutume de Chauny (18-130) au contraire lui permet de renoncer au privilége des nobles quant à la totalité des meubles, et d'accepter néanmoins la communauté, c'est-à-dire la moitié des meubles et des conquêts.

(4) La coutume de Touraine (319) donne aussi au survivant, soit noble ou non noble, l'usufruit de la moitié des conquêts qui ne lui appartient pas en propre; mais, s'il y a enfants, il le perd en se remariant. La même chose a lieu en Poitou (243) par coutume locale.

(5) Sont muettes les coutumes de Valois, Amiens, Ponthieu, Boulenois, Artois, Chauny, Reims, Troyes, Chaumont, Chartres, Dreux, Larochelle, du duché et du comté de Bourgogne. Celle d'Anjou (512) est douteuse.

(6) Cout. de Mantes, 133. Laon, 267. Reims, 385. Châlons, 62. Melun, 224. Orléans, 213. Grand-Perche, 107. Touraine, 231. Loudunois, XXIV, 2. Maine, 509. Anjou, 512. — Vingt-cinq coutumes sont muettes.

nais (XXIII, 21) mentionnent aussi la communauté que peuvent acquérir entre eux par quart les père ou mère survivants, leur conjoint en secondes noces, leur enfant du premier lit, et le conjoint de celui-ci, gendre ou bru des père ou mère.

Ces diverses communautés tacites se contractent par têtes, et se continuent entre les enfants ou autres héritiers de l'un des associés décédés, et les autres associés survivants, pour la part que chacun y a de son chef ou par son auteur (1).

IX. Entre les trois coutumes exclusives de la communauté; celles d'Auvergne (XIV, 3 et suivants) et de la Haute-Marche (299 suiv.) adoptent le régime dotal, et accordent au mari survivant, comme *gaigne coutumière,* les lits, robes, coffre, linge et joyaux de sa femme, à charge de payer les funérailles. La femme survivante, au contraire, les reprend en l'état où ils se trouvent (2).

La coutume de Normandie est prohibitive de la communauté conjugale. Non contente de déclarer que les époux ne sont communs ni en meubles ni en conquêts, et que la femme n'y a rien qu'après la mort du mari, (art. 389), elle interdit (art. 330) de donner à la femme, par contrat de mariage, une plus grande part aux conquêts faits par le mari que celle qui lui appartient par la coutume, à laquelle les contractants ne peuvent déroger.

Sous cette coutume (art. 329), la femme, après la mort de son mari, a la moitié en propriété des conquêts faits en bourgage. Quant aux conquêts faits hors bourgage, elle en a la moitié en propriété au bailliage de Gisors, la moitié en usufruit en Caux, et le tiers en usufruit dans le reste de la province. Quant aux meubles, elle en a la moitié, s'il n'y a point d'enfants ou s'il n'y a que des filles mariées; s'il y a des fils, ou des filles non encore mariées, elle n'a que le tiers des meubles, en contribuant aux dettes pour sa part (art. 392, 393). La femme peut renoncer à la succession de son mari, comme ailleurs elle peut renoncer à la communauté (394). La femme renonçante retire ses biens paraphernaux, c'est-à-dire, sous cette coutume, son lit, ses robes, coffre, linge et autres de pareille nature, pourvu qu'ils n'excèdent la moitié du tiers des meubles (395).

Durant le mariage, les meubles échus à la femme appartiennent au mari, à la charge, s'ils excèdent une certaine quotité, d'en employer la moitié en héritages ou rentes pour tenir le nom, côté et ligne de la femme (390). Le mari survivant, pourvu qu'il ait eu enfant né vif de sa femme, jouit par usufruit, tant qu'il se tient en viduité, de tout le revenu appartenant à sa femme lors de son décès; s'il se remarie, il ne jouit que du tiers (382, 331).

X. Dans la plus grande partie de la France coutumière, le douaire coutumier dont la femme est douée, consiste dans l'usufruit de moitié des immeubles que le mari possédait au jour du mariage et de ceux qui lui sont échus depuis en succession directe (3).

Dans l'Artois et dans la Picardie, excepté Péronne, le douaire coutumier est de la moitié des fiefs et du tiers des immeubles cottiers (c'est-à-dire roturiers) (4). Dans le comté de Bourgogne, il est entre nobles de la moitié des heritages anciens du mari, et entre roturiers, du tiers du dot et mariage de la femme (art. 25).

Il est du tiers, sans distinction de nobles ou de non nobles, de fiefs ou de rotures, dans la Normandie (367) la Bretagne (455), le Maine (313), l'Anjou (299), le Poitou (256), le Grand-Perche (111) et par coutume locale, dans le Perche-Gouet, Chartres (52, 54).

Dans la Touraine (326, 338), le Loudunois (XXXI, 1. XXXII, 2) l'Angoumois (82) et la Saintonge (75, 76), il est aussi du tiers des immeubles entre nobles. Entre roturiers, il est, dans les deux premiers de ces pays, de la moitié des rotures et du tiers des biens nobles échus en tierce foi; dans la Saintonge, et vraisemblablement aussi dans l'Angoumois, douaire n'a lieu entre roturiers s'il n'est expressément convenu.

Enfin, sous les coutumes d'Auvergne (XIV, 11), de la Haute-Marche (288) et de Larochelle (45) (5), le douaire n'a lieu de même, mais contre toutes personnes nobles ou non nobles, qu'autant qu'il est stipulé.

Le douaire coutumier peut être remplacé par un douaire préfix, mobilier ou immobilier, mais qui ne doit point excéder le douaire coutumier, sinon, être réduit et ramené à la quotité de celui-ci.

XI. Sous les coutumes de Clermont en Beauvaisis (158), Valois (102), Chartres (52), Dreux (43), Châteauneuf (55) et Normandie

(1) Cout de Berri, VIII, 20. Bourbonnais, 270. Poitou, 232.

(2) Auvergne, XII, 16, XIV, 44-45. Haute-Marche, 227.

(3) Quelquefois aussi en collatérale : je néglige ce détail.

(4) Cout. d'Artois, 173. Amiens, 112. Ponthieu, 32. Boulenois, 98. Calais, 49. — Cout. de Péronne, 140.

(5) Il n' a point de coutumes muettes.

(367), la femme gagne au coucher son douaire. Sous celles de Ponthieu (32) et de Bretagne (450), le douaire lui est acquis dès qu'elle met le pied au lit pour coucher avec son mari.

Plus ordinairement, la femme acquiert le douaire du moment de la bénédiction nuptiale ou de l'accomplissement du mariage par paroles de présent (1).

XII. Le douaire immobilier est viager à la femme dans le plus grand nombre des coutumes. Mais il est propre aux enfants, qui peuvent renoncer à la succession paternelle pour se tenir au douaire de leur mère, dans les coutumes de Paris (249, 250), Mante (136, 142), Senlis (177, 182), Valois (108, 112), Calais (50, 51), Melun (239, 98) Nivernais (XXIV, 8) et Normandie (399). Quant aux fiefs, le douaire se partage entre les enfants qui renoncent à la succession de leur père, avec droit d'aînesse, sous les coutumes de Valois, de Melun et de Normandie (402); sans droit d'aînesse, sous les coutumes de Paris, de Mantes et de Calais : celles de Senlis et de Nivernais sont muettes sur ce point.

La coutume de Clermont en Beauvaisis (160) déclare le douaire viager quant aux fiefs et propre quant aux rotures. Sous les coutumes de Chartres (56), Dreux (47) et Châteauneuf (58, 59), au contraire, le douaire est propre entre nobles et viager entre non nobles. Les coutumes d'Étampes (130, 135) font aussi le douaire viager à la femme entre roturiers; entre nobles, il est propre pour moitié s'il n'y a que filles, et en totalité, s'il y a des fils, avec prérogative d'aînesse.

Sous les coutumes de Reims (243) et de Montargis (XIV, 3) le douaire est viager, mais peut être stipulé propre par contrat de mariage. Les coutumes de Dourdan, Touraine et Loudunois sont muettes, ainsi que celles d'Auvergne, de la Haute-Marche et de la Rochelle, qui n'admettent que le douaire conventionnel.

2° Gaule.

I. Les coutumes pourvoient de manières très-diverses à la garde ou bail, tutelle ou curatelle, des enfants mineurs.

La garde est, proprement, toute tutelle légitime établie dans l'intérêt de celui qui a besoin de protection; le bail, une tutelle légitime, mais fructuaire ou profitable, qui donne droit aux meubles et aux fruits, ou seulement aux fruits soit des fiefs soit de tous les immeubles du mineur (2). Par exception, le nom générique de garde a été conservé, dans quelques coutumes, à la tutelle fructuaire exercée par les ascendants; tandis que le nom de bail, réservé aux collatéraux, est resté à ceux-ci après que les profits qui y avaient été attachés, eurent été abolis.

La garde noble appartient, suivant les coutumes de Paris (265, 266) et de Calais (126, 127) au survivant des père et mère nobles, et à leur défaut ou refus, aux autres ascendants; la garde bourgeoise au survivant des père et mère seulement.

Ce premier système a été suivi par les coutumes d'Étampes (89), de Dourdan (124, 125), de Montfort (116) et de Reims (230), avec cette différence, pourtant, qu'elles étendent la garde bourgeoise, comme la garde noble, aux aïeul, aïeule et autres ascendants.

Entre nobles seulement, les ascendants ont la garde noble sous les coutumes de Vitry (63), Chaumont (11), Sens (136), Bar (66) et Clermont en Argonne (XII, 8); la garde noble ou le bail, à leur choix, mais pour les fiefs seulement, sous les coutumes de Péronne (220) et de Chauny (133, 137). Celles de Chartres (41, 104), Dreux (30, 95), Châteauneuf (43, 134), du Grand-Perche (166) et de Blois (4), au contraire, donnent la garde aux ascendants tant entre nobles que non nobles. Les ascendants ont à Auxerre (254) la garde entre nobles et la tutelle légitime entre roturiers; par la coutume de Nivernais (XXX, 2) ils ont, dans l'un et l'autre cas, la tutelle légitime (3).

Dans ce premier système, le gardien soit noble soit bourgeois fait les fruits des immeubles siens à Paris, Calais, Étampes et Montfort; il en est de même du gardien noble seulement, à Dourdan et à Clermont en Argonne, et du gardien tant entre nobles que roturiers dans le Grand-Perche et à Blois.

Le gardien noble seulement fait les fruits des immeubles siens et prend en outre les meubles à Reims, Sens, Bar, Chartres et Châteauneuf; à Péronne et à Chauny le bail-

(1) Cout. de Péronne, 143. Boulenois, 97. Grand-Perche, 117. Berri, 249. Angoumois, 82. La plupart des coutumes sont muettes, mais doivent être entendues dans ce sens.

(2) Analogue à l'autorité du mari qui est bail de sa femme.—Le baillistre paye toutes les dettes mobilières, acquitte les charges annuelles des meubles, et les rend en bon état, et entretient les mineurs selon leur condition, suivant l'adage : *qui bail prend quitte le rend.*

(3) On voit que dans ce système le bail en ligne collatérale n'a point lieu. Cout. de Reims, 328. Chartres, 108. Dreux, 94. Châteauneuf, 139. Blois, 7.

listre, et non le gardien, fait son profit des meubles et des fruits des immeubles féodaux.

Dans tous les autres cas, le gardien et le tuteur légitime prennent les biens par inventaire, et rendent compte et reliquat. La coutume de Dreux est muette quant aux fruits.

Un second système appelle à prendre le bail ou la garde, non-seulement le survivant des père et mère, et les autres ascendants, mais à leur défaut les plus prochains collatéraux. La coutume de Mantes (178, 179) n'admet entre roturiers ni garde ni bail; entre nobles, elle donne la garde aux ascendants et le bail aux collatéraux. Celle de Melun (285) donne aux ascendants l'option entre la garde noble et le bail, et aux collatéraux le bail, mais, *pour les fiefs* entre nobles et pour les fiefs seulement. Le bail est donné aux ascendants entre toute sorte de personnes par les coutumes de Boulenois (77) et d'Artois (155) (1); la coutume d'Amiens (125) en fait autant, mais seulement pour les fiefs. Sous les coutumes d'Orléans (23 suiv. 178 suiv.) et de Montargis (I, 25 suiv. VII, 2 suiv.) la garde des ascendants a lieu entre nobles et roturiers, le bail des collatéraux entre nobles seulement : il en est de même sous la coutume de Berri (I, 22-41), où les ascendants portent le titre de légitimes administrateurs.

A Mantes, le gardien noble fait les fruits siens, non le baillistre; le baillistre au contraire fait siens les fruits de tous les immeubles dans l'Artois et le Boulenois; les fruits des fiefs nobles, non des fiefs restreints ni des terres cottières, à Amiens.

A Melun, le gardien noble, et non le baillistre, gagne tous les meubles et les fruits des fiefs. Dans le Berri, le légitime administrateur fait les fruits siens, et, s'il est noble, il gagne aussi les meubles; le baillistre ne gagne que les fruits (2). A Orléans, à Montargis, le gardien noble fait les fruits siens; le gardien entre roturiers et le baillistre entre nobles ne prennent ni les meubles ni les fruits.

La garde ou le bail sont restreints dans un troisième système au seul survivant des père et mère. Ce système présente quelques variations de détail dans le nom et dans les choses. La coutume de Senlis (152) n'admet que la garde noble entre nobles; celles de Valois (67), Troyes (17) et Meaux (147) ne l'accordent aussi qu'entre nobles et pour les fiefs seulement; celle de Clermont en Beauvaisis (170) pour les fiefs tant des nobles que des roturiers; celle de Laon (261) donne le choix entre la garde et le bail, mais entre nobles seulement et pour les immeubles féodaux.

Sous les coutumes de Touraine (339, 346), Loudunois (XXXIII, 1. XXXIV 1), du Maine (98) et d'Anjou (85), le bail a lieu entre nobles et la tutelle naturelle entre roturiers. La coutume de la Haute-Marche (70) donne aussi le bail entre nobles au survivant, avec cette particularité, que, si la mère survivante est mineure et qu'il y ait un frère consanguin majeur, celui-ci prend le bail, qui n'est accordé dans aucun cas ni aux ascendants des degrés supérieurs, ni aux autres collatéraux. En Bretagne (500) le père est garde naturel de ses enfants; en Auvergne (XI, 2), le père; sous les coutumes de Bourbonnais (174) et de Bassigny (72) le survivant des père et mère est légitime administrateur. Dans le Poitou (305, 308), le père est loyal administrateur, et la mère tutrice, tant entre nobles que roturiers. Dans la duché de Bourgogne (VI, 4), le père est légitime administrateur entre nobles et roturiers; entre nobles, le survivant des père et mère est de plus baillistre; entre roturiers, la mère n'est que tutrice.

Dans ce troisième système, le gardien noble sous la coutume de Senlis, le baillistre sous celles de Touraine, de Loudunois et du duché de Bourgogne, prennent les meubles et les fruits de tous les immeubles; le gardien noble dans le Valois, le gardien entre nobles seulement à Clermont en Beauvaisis, et le baillistre, non le gardien noble, à Laon, gagnent les meubles et les fruits des immeubles féodaux.

Le gardien noble sous les coutumes de Troyes et de Meaux, le gardien entre roturiers sous celle de Clermont en Beauvaisis prennent les fruits des fiefs, sans les meubles. Le baillistre sous les coutumes de la Haute-Marche, du Maine et de l'Anjou, le tuteur naturel roturier sous celle de Touraine et de Loudunois; le légitime administrateur entre nobles et roturiers sous celles de Bourbonnais et d'Auvergne, et entre nobles seulement sous celle de Bassigny, gagnent les fruits de tous les immeubles féodaux ou autres, sans les meubles.

---

(1) Les pères et mères ont le choix de prendre la tutelle légitime au lieu du bail.

(2) Sous cette coutume, l'adage *qui bail prend quitte le rend* n'a pas lieu, et le légitime administrateur comme le baillistre ne payent les charges du bail que jusqu'à concurrence de ce qu'ils prennent des meubles ou des fruits.

Un dernier système est celui de la coutume de Normandie (1). Le père, l'aïeul et le frère aîné majeur sont tuteurs naturels sans profit. A leur défaut les mineurs, s'ils possèdent des fiefs, tombent sous la garde du seigneur dont chaque fief est mouvant. Pour plusieurs fiefs il peut donc y avoir différents seigneurs gardiens. Toutefois, si l'un de ces fiefs est tenu nuement du roi, la garde royale attrait à elle toutes les autres gardes, et le roi fait les fruits de tous les fiefs siens, ainsi que les fruits des rotures, qui sont exempts de la simple garde seigneuriale.

A Châlons (10) il n'y a ni bail, ni garde noble, ni garde bourgeoise. Les coutumes de Ponthieu, Angoumois, La Rochelle, Saintonge, et du comté de Bourgogne sont muettes.

II. La garde ou le bail finissent par l'âge et par le mariage des mineurs, sous les coutumes où le mariage émancipe; ils finissent aussi, dans le plus grand nombre des coutumes par le convol en secondes noces soit de la mère seulement, soit même du père. Sous les coutumes d'Orléans et de Montargis, la mère et l'aïeule remariées perdent la garde entre roturiers; entre nobles, la garde tourne en bail, c'est-à-dire que de tutelle fructuaire elle devient simple tutelle avec obligation de rendre compte et reliquat (2).

III. Le gardien ou baillistre qui fait les fruits siens n'est pas tuteur, quoiqu'il puisse l'être, s'il est d'ailleurs capable et solvable (3). Il y a donc lieu de pourvoir à la tutelle des mineurs non-seulement dans les cas où la garde et le bail n'ont pas lieu, et à défaut de gardien ou de baillistre; mais aussi en concurrence avec eux, pour les biens, droits et actions qui ne dépendent pas soit de la puissance des fruits, soit des meubles, lorsque le gardien ou baillistre les gagne (4).

Toutes tutelles et curatelles sont datives : telle est la disposition expresse de la coutume de Reims (329); et le plus grand nombre des coutumes ne parlent que de tuteurs et curateurs créés par le juge et élus par les parents paternels et maternels, les amis et voisins du mineur (5). Les quelques coutumes qui admettent la tutelle testamentaire et une tutelle légitime autre que la garde ou bail, exigent ordinairement qu'elles soient confirmées par le juge (6).

Les coutumes parlent presque toutes de tuteurs et de curateurs sans s'expliquer sur la différence qu'il y a entre eux. Les coutumes de Montargis (VII, 7) et d'Auxerre (259) déclarent expressément qu'entre tutelle et curatelle il n'y a nulle différence. Les coutumes de Vitry (64, 65), Orléans (182) et Nivernais (XXX, 89) adoptent seules explicitement la distinction que le droit romain établit entre elles.

IV. La garde, bail ou administration légitime, fructuaire ou non fructuaire, d'une part, et les tutelles datives de l'autre, laissent peu de place à l'exercice de la puissance paternelle; et Loisel a fait une maxime coutumière de cette disposition qui ne se trouve que dans la seule coutume de Senlis (221) : Droit de puissance paternelle n'a point de lien.

Quelques coutumes, il est vrai, font mention de la puissance paternelle; mais, d'abord, cette puissance finit par la mort soit du père, soit de la mère, et ne s'exerce, par conséquent, que durant le mariage sur les enfants communs (7).

Après la dissolution du mariage par la mort de l'un des conjoints, le survivant a la garde, ainsi qu'il a été expliqué plus haut. Du vivant même des père et mère, la puissance paternelle peut finir sans qu'il soit besoin de l'émancipation expresse du père (8). Nous avons vu que, dans la plupart des coutumes, le mariage émancipe; il en est de même de la prêtrise, de la majorité, et de la demeure séparée : il n'y a diversité entre les coutumes que parce que les unes admettent tous ces divers modes d'extinction de la puissance du père, tandis que d'autres n'en admettent que l'un ou l'autre, ou exigent le concours de plusieurs des circonstances que

---

(1) Cout. de Normandie, art. 213 suiv. 237 *in fine*. Règlement du parlement de Rouen pour l'élection des tuteurs, art. 1 et 2. Coutum. génér. IV, p. 161.

(2) Cout. d'Orléans, 25, 27, 32. Cout. de Montargis, I, 30, 35, 37.

(3) Cout. de Paris, 270-271.

(4) Là même où la garde ou le bail ont cessé d'être fructuaires, cette différence entre le tuteur et le gardien en laisse des traces. Voyez la cout. de Laon, art. 262.

(5) Paris, 270. Dourdan, 149. Mante, 182. Senlis, 152 *in fine*. Clermont en Beauvaisis, 193. Valois, 73. Péronne, 232. Amiens, 133. Calais, 141. Laon, 262. Châlons, 9. Vitry, 64. Troyes, 17-21. Chaumont, 11. Sens, 159. Clermont en Argonne, XII, 4. Orléans, 182. Grand-Perche, 175. Blois, 7. Touraine, 339. Loudunois, XXXIII, 1, XXXIV, 3. Maine, 101. Anjou, 40, 88, 89. Poitou, 304-309.

(6) Reims, 329. Bassigny, 76. Auxerre, 255-258. Nivernais, XXX, 4. Auvergne, XI, 12. Haute-Marche, 85. — *Secus*. Cout. de Bourbonnais, 177-180. Voyez aussi Bretagne, 501, 506, 507. Duché de Bourgogne, VI, 6. Melun, 290.

(7) Chartres, 103. Dreux, 93. Châteauneuf, 133.

(8) Amiens, 136. Artois, 154 *in fine*.

nous venons de mentionner (1). En aucun cas l'enfant, après la mort de son père ou son émancipation, ne retombe sous la puissance de l'aïeul ou des autres ascendants (2).

Quant aux effets de la puissance paternelle, les coutumes en disent peu de chose. L'enfant en puissance de père est mis sur la même ligne que l'enfant en puissance de tuteur ou de curateur : il ne peut s'obliger ni ester en justice sans l'autorisation de celui qui a puissance sur lui (3). Le père, (mais souvent aussi la mère) a la jouissance des choses données à l'enfant qu'il a en puissance (4). La coutume de Berri restreint la faculté de tester du fils de famille (XVIII, 2). Les donations faites par le père à son fils, qu'il a en puissance, sont révocables sous les coutumes de Berri (VII, 5) et de Poitou (222); mais elles valent sous celle d'Auvergne (XIV, 42). Les coutumes de Poitou (318) et de Bretagne (507) donnent au père ce qui est acquis par le fils en puissance.

La plupart des coutumes sont muettes sur le fait de la puissance paternelle.

IV. *Des successions.*

1° Garantie des droits éventuels de l'héritier.

Les droits de l'héritier du sang sont garantis par des prescriptions plus ou moins rigoureuses qui restreignent la faculté de disposer à titre gratuit ou onéreux, entre-vifs ou à cause de mort.

I. Sous les coutumes de Ponthieu (19), de Boulenois (92, 124) et d'Artois (70) on ne peut vendre, charger, hypothéquer ni autrement aliéner ses immeubles propres, si ce n'est du consentement de son héritier apparent; ou par nécessité jurée par le vendeur et vérifiée par deux témoins dignes de foi; ou enfin, suivant la coutume d'Artois, par remploi, c'est-à-dire en employant les deniers de la vente en immeubles de mêmes nature et valeur, pour sortir nature de propre comme l'immeuble vendu. Les acquêts ne sont pas compris sous ces dispositions prohibitives (5).

Plusieurs autres coutumes reconnaissent au contraire à chacun la faculté de disposer librement à titre onéreux tant des propres que des acquits (6); et la plupart des coutumes, qui sont muettes sur ce point, ne peuvent être interprétées que dans un sens favorable à cette liberté absolue.

Cinq coutumes font exception. En Normandie (244), celui qui a marié un de ses enfants ou descendants comme son principal héritier, ne peut plus désormais aliéner ni charger son héritage, au préjudice de l'héritier qu'il a reconnu, ni de ses enfants, si ce n'est en cas de nécessité, de maladie ou de prison; dans la Touraine (252. 253), le Loudunois (XXVI, 4), le Maine (262, 263) et l'Anjou (245, 246) il ne peut plus disposer au delà d'un tiers que par extrême nécessité de vivre, ou pour rédemption de son corps.

II. Dans les cas et sous les coutumes où l'aliénation des immeubles est permise sans le consentement de l'héritier, celui-ci ou tout autre lignager plus diligent a néanmoins la faculté de *retraire* les propres vendus, en remboursant le prix et les loyaux coûts à l'acquéreur. Car, dit la coutume de Chaunes (114), « retrait est introduit en faveur des » parents lignagers, et afin que les héritages » venant de ligne ne sortent hors de la » ligne ».

Pour pouvoir exercer le retrait lignager, il suffit, dans la plupart des coutumes, d'être lignager du côté et ligne d'où l'héritage est venu; les coutumes *souchères* exigent de plus que l'on soit descendu de celui qui a le premier acquis l'héritage et la mise en ligne (7). Quelques autres coutumes accordent la faculté de retraire tous les immeubles,

---

(1) Chauny, 58. Laon, 56. Reims, 6, 7, 35. Châlons, 7-8. Bassigny, 42-79. Clermont en Argonne, VI, 7. Orléans, 181. Montargis, VII, 5, 6, 8. Blois, 1. Nivernais, XXII, 2, XXIII, 1. Berri. I, 3-10, XVIII, 2. Bourbonnais, 166. Auvergne. I, 7, XII, 47, XIV, 2, 4-2. Marche, 298. Poitou, 311-317. Angoumois, 98, 120, 121. La Rochelle, 24. Saintonge, 2, 73. Bretagne, 526-528. Duché de Bourgogne, IV, 1, VI, 3. Comté de Bourgogne, 24. Les coutumes d'Auvergne, de la Haute-Marche et de Poitou, ne disent pas, il est vrai, que la puissance paternelle expire à 25 ans, mais elles en font cesser tous les effets.

(2) Bourbonnais, 167-232.

(3) Troyes, 139. Clermont en Argonne, II, 8. Berri, I, 16. Bourbonnais, 169-171. Auvergne, I, 7. Haute-Marche, 11.

(4) Chauny, 58, Laon, 56. Reims, 8-35. Châlons, 8-Vitry, 100-110. Clermont en Argonne, VI, 7. — La coutume de Vitry parle de la *voutrie* (avouerie) des père et mère.

(5) Artois, 133.

(6) Chauny, 51. Laon, 51. Châlons, 222. Vitry, 112. Orléans, 361. Montargis, I, 39. Chartres, 88. Dreux, 76. Châteauneuf, 109. — Cette liberté de disposer entre-vifs, a lieu aussi à l'égard de l'institué contractuel. Bourbonnais, 220. Auvergne, XV, 5.

(7) Dourdan, 131, 117. Mantes, 72, 167. Melun, 130, 264. Montargis, XVI, 1, 2.—Les coutumes d'Orléans, 363 et de Nivernais, XXVI, 13. Cout. souchères en matière de retrait, sans l'être en matière de succession; celle de Touraine l'est en succession et non en retrait.

sans distinction de propres et d'acquêts (1).

Le délai du retrait n'est dans le Berri (XIV, 1) que de soixante jours ; dans l'Auvergne (XXIII, 2), de trois mois; dans le Bourbonnais (422), de trois mois pour les immeubles corporels, de six mois pour les droits immobiliers incorporels : en Bretagne (270, 274, 302), le délai du retrait expire avec la faculté de s'opposer à l'appropriance. Dans toutes les autres coutumes, il est d'an et jour.

III. Les dispositions à titre gratuit peuvent avoir lieu par donation simple entre-vifs, par donation mutuelle entre époux, par convention de succéder ou par testament.

Je ne parlerai ici ni des avantages permis ou prohibés entre époux durant le mariage, ni des conventions de succéder, institutions contractuelles, donations de biens présents et à venir, donations par contrat de mariage et en faveur du mariage, renonciations, réservations et rappels de filles (2), démissions de biens, partages faits par ascendants de leur vivant entre leurs enfants, associations universelles, affiliations, adoptions et affairissements. Je me borne aux libéralités faites par donation simple entre-vifs ou par testament.

IV. Les libéralités ne peuvent s'exercer que dans une certaine mesure; elles ne doivent pas excéder la quotité disponible, pour le règlement de laquelle nos coutumes ont suivi plusieurs systèmes différents (3).

Un premier système, suivi dans l'ancien ressort de Paris, excepté Montfort, dans tout celui de Senlis, à Amiens, Melun, Orléans, Auxerre, dans le Nivernais et le Grand-Perche, permet de disposer entre-vifs de tous ses biens tant meubles et acquêts que propres, et par testament de ses meubles, de ses acquêts et du quint de ses propres. (4).

Ce système s'étend encore, avec quelques variantes, dans le reste de la Picardie et de l'Orléanais, et dans quelques autres lieux.

A Montfort (87, 88, 145, 146) on ne peut disposer par testament, comme entre-vifs, que du quint de ses propres. Il en est de même des coutumes de Ponthieu (19, 20, 25) et de Boulenois (87, 88), qui ne permettent de quinter ses héritages qu'une fois. La coutume de Calais (66, 84) ne permet de donner entre-vifs que la moitié de ses propres, et le quint par testament. Celle d'Artois (90, 91), qui semble interdire absolument la faculté de donner entre-vifs au déçu et sans le consentement de l'héritier, permet de disposer par testament du quint des fiefs et du revenu de trois années de tous les immeubles. Cette faculté de disposer de trois années de revenu est aussi accordée par la coutume de Boulenois (89) tant entre-vifs que par testament.

Sous la coutume de Sens (68, 109), qui est d'ailleurs en tout conforme aux règles générales de ce premier système, celui qui n'a que meubles ne peut disposer par testament que du quart; cette même restriction se trouve dans la coutume de Bar (98, 168), qui réduit de plus la faculté de disposer des propres par testament au sixième.

Les coutumes de Montargis (XI, 1. XIII, 2), de Dreux (76, 81, 82) et de Blois (166, 167, 173) fixent la quotité des propres disponibles par testament au quint en fiefs et au quart en censive. Celle de Dreux, ainsi que celles de Chartres (88, 91) et de Châteauneuf (109 113), qui la fixent au quint tant des fiefs que des censives, permettent en outre, de disposer du revenu d'une année de tous les propres. Entre-vifs, on peut, sous ces diverses coutumes, disposer de la totalité de ses biens, sauf que celle de Blois restreint cette faculté aux meubles, aux acquêts et à la moitié des propres.

Une dernière variante de ce premier système est celle que présentent les coutumes de Péronne (107, 165) et de Chauny (52, 61, 84, 85) : la quotité disponible par testament est pour les propres du quint en fief et du tiers en censive (5).

Ces coutumes font la transition à un second

---

(1) Touraine, 152, 156. Loudunois, XV, 1. Maine, 358. Anjou, 346. Poitou, 319. Angoumois, 55. La Rochelle, 29, 31, 32. Saintonge, 43. Normandie, 452, 469, 470. Bretagne, 298.

(2) Les rappels de filles se font, il est vrai, par testament; mais ils présupposent leur renonciation, qui se fait par contrat de mariage, et qui constitue un *pactum de non incudendo*.

(3) Il ne s'agit ici que des libéralités faites à des étrangers et non de ce qu'on peut donner en avancement d'hoirie. Lorsque la part de l'héritier *ab intestat* surpasse la quotité disponible, on peut toujours lui donner en avancement d'hoirie tout ce qu'il pourra avoir un jour *ab intestat*. Quant à la question de savoir si on peut lui donner plus que sa part héréditaire, voyez ci-dessous; je ne parle pas non plus de ce qu'on doit donner aux bâtards.

(4) Paris, 272, 292. Étampes, 103. Dourdan, 91, 99, 100. Mantes, 143, 156. Senlis, 210, 217-219. Clermont en Beauvaisis, 122, 130, 131. Valois, 84, 86, 133. Amiens, 46, 57. Melun, 232, 246. Orléans, 275, 292. Auxerre, 218, 225. Nivernais, XXVII, 4, XXXIII, 1. Grand-Perche, 93, 129.

(5) Les coutumes de Nyon, 17. Saint-Quentin, 22. Ribemont, 55, et Comi, 9, locales de Laon, sont conformes à celles de Péronne et de Chauny.

système, qui, à quelques exceptions près et avec quelques variantes, est en vigueur dans la Champagne et le Vermandois d'une part, et de l'autre dans la Bretagne, la Normandie, le Maine, l'Anjou, la Touraine, le Loudunois, le Poitou, l'Aunis, la Saintonge et l'Angoumois.

Les coutumes de Vitry (100, 108, 112), de Troyes (95, 138) de Chaumont (82) et de Meaux (26) permettent de disposer entre-vifs de la totalité des biens, et par testament des meubles, des acquêts et du tiers des propres. Il en est de même de la coutume de Clermont en Argonne (VI, 1, VII, 2, 3), sauf que, quand il y a enfants, on ne peut disposer entre-vifs des propres, et par testament, du tiers, des propres, que pour cas pieux seulement. Par la coutume de Laon (51, 52, 60), on peut disposer entre-vifs de tous ses biens, sauf la moitié des propres s'il y a enfants; et par testament, de ses meubles, de ses acquêts, du tiers de ses propres en fief et de la moitié en roture, soit qu'il y ait enfants ou non.

La quotité des propres est fixée à la moitié, par la coutume de Reims (232) et au tiers par la coutume de Châlons (63, 70), tant entre-vifs, lorsqu'il y a enfants, que par testament, soit qu'il y ait ou qu'il n'y ait point d'enfants.

Par la coutume de Touraine (233, 238, 247, 325) les nobles et les roturiers ayant enfants ne peuvent donner à des étrangers que la moitié de leurs meubles en propriété et la moitié de leurs acquêts à vie. S'ils n'ont point d'enfants, ils peuvent disposer de tous leurs meubles en propriété, de tous leurs acquêts et du tiers de leur patrimoine à vie, ou, si c'est pour cause pitoyable, également en propriété. La coutume de Loudunois (XXV, 1, XXVI, 3) détermine aussi la quotité disponible de cette dernière manière, soit qu'il y ait enfants ou non. Celle d'Anjou (321, 327, 340) permet de donner le tiers du patrimoine et la totalité des meubles et des acquêts, lorsqu'il n'y a point d'enfants, ou s'il y en a, le tiers du patrimoine et le tiers des acquêts, à vie seulement, et le tiers des meubles à perpétuité. La coutume du Maine (332, 336, 352) permet de disposer du tiers des héritages (propres), et de tous les meubles et acquêts *liberis non exstantibus;* s'il y avait des enfants, on ne pourrait disposer que du tiers des acquêts et du tiers des meubles à vie ou à perpétuité. Enfin la quotité disponible est dans les coutumes de Poitou (203, 223), de la Rochelle (43, 44), de Saintonge (84-89) et d'Angoumois (49, 52), du tiers des propres et de la totalité des meubles et acquêts.

Dans toutes les coutumes qui précèdent, à partir de celle de Touraine, à défaut de biens propres ou patrimoniaux, les acquêts immeubles leur succèdent; à défaut d'acquêts, les meubles; tellement que celui qui n'a que meubles n'en peut disposer que du tiers, excepté dans les coutumes du Maine et d'Anjou, où il en peut disposer jusqu'à la moitié; s'il n'a que meubles et acquêts, sans patrimoine, il peut disposer de la totalité des meubles et du tiers des acquêts. Cette même particularité a lieu quant aux meubles pour la coutume de Bretagne (199, 200, 203), qui d'ailleurs permet de disposer du tiers en propriété ou de la moitié en usufruit de ses immeubles, soit propres ou acquêts; mais on ne peut proportionnellement charger de dons ou de legs les propres d'une ligne plus que ceux de l'autre. La coutume de Normandie (414, 418, 419, 422, 427, 431) interdit absolument de tester ses propres; mais on peut donner entre-vifs le tiers de ses immeubles soit propres ou d'acquêt; et par testament, ses meubles avec le tiers de ses acquêts, s'il n'y a pas d'enfants, ou la moitié des meubles, s'il n'y a que filles mariées, ou le tiers des meubles seulement, s'il y a des fils ou des filles non mariées.

D'autres coutumes calculent la quotité disponible sur la masse totale des biens, sans distinguer régulièrement entre les meubles, les propres et les acquêts. Ainsi, la coutume de Berri (VII, 9, XVIII, 5) ne permet, s'il y a enfants, de disposer que de la moitié de ses biens tant entre-vifs que par testament; celles de Bourbonnais (291) et d'Auvergne (XII, 41) du quart par testament seulement; celle de la Haute-Marche (212), du tiers aussi par testament. Sous la coutume d'Auvergne (XIV, 40) on peut donner entre-vifs tous ses biens; sous celle de la Haute-Marche (306, 309), tous ses meubles et conquêts, mais non ses propres, à des étrangers.

Indépendamment de ces limites assignées à la quotité disponible, la plupart des coutumes réservent encore expressément aux enfants leurs droits à la légitime et la querelle d'inofficiosité, conformément au droit romain. Les coutumes de Paris (298), de Calais (85), de Chauny (49) et d'Orléans (274) fixent la légitimité dans tous les cas à la moitié de la part et portion que chaque enfant eût eue dans la succession de leurs père, mère, ou autres ascendants, si ceux-ci n'eussent disposé par donations entre-vifs ou par dernière volonté.

Je ne donnerai pas pour un quatrième dernier système coutumier les dispositions consacrées par la coutume du duché de Bourgogne, et qui étaient certainement aussi en vigueur dans le comté de ce nom, quoique sa coutume, la seule muette sur ce point,

n'en dise rien. Ce système est tout simplement celui du droit romain : point de quotité disponible à laquelle se limite la faculté de disposer du donateur ou du testateur, mais une légitime aux enfants, qui est du tiers, s'ils sont quatre au moins, et de la moitié, s'ils sont cinq ou plus : en collatérale, il n'y a point de légitime (1).

V. Toute donation entre-vifs faite en haine ou en fraude des héritiers est nulle, encore qu'elle n'excède de la qualité disponible (2). De là cet axiome coutumier consacré par la plupart des coutumes : donner et retenir ne vaut. Or donner et retenir, c'est 1° se réserver la faculté de disposer des choses données, ou de 2° donner à charge de dettes futures, ou 3° conserver la possession des choses données jusqu'au jour de son décès. Mais le plus grand nombre des coutumes ont si bien ressenti en ceci l'influence du droit romain qu'elles considèrent contrairement à leur but, à leur esprit, la possession comme suffisamment transmise au donataire, non-seulement par sa saisine et la dessaisine du donateur, ou par l'appréhension de fait de la chose donnée, mais même par la rétention d'usufruit que le donateur stipule à son profit, ou par toute autre clause translative de possession, suivant le droit écrit, comme de constitut ou de précaire (3). Cette transmission fictive de la possession a même été admise comme suffisante par quelques coutumes de saisine et de nantissement (4), tandis que d'autres exigent de la manière la plus expresse la dessaisine et saisine judiciaires (5).

Lorsque la possession n'a pas été suffisamment transférée au donataire par la dessaisine du donateur et du vivant de celui-ci, après sa mort la saisine des choses données va à l'héritier et non au donataire (6), car simple don ne saisit point (7), et le donataire n'a point d'action contre les héritiers du donateur, pour être mis en possession de son don (8). Par exception, les coutumes d'Amiens (54), et de Boulenois (95), celles de Touraine (240), Loudunois XXV, 2), Anjou (333, 341), et Bourbonnais (213), donnent, il est vrai, la saisine aux héritiers, mais autorisent le donataire à procéder contre eux, soit par voie d'action pour être saisi de son don par leurs mains, soit même par voie de mise de fait, pour les contraindre à entretenir le don (9).

VI. Sont censées en fraude de droit des héritiers, les donations conçues entre vifs, faites par personnes gisant au lit malades de la maladie dont elles décèdent, ou par personnes malades qui décèdent dans les trente ou quarante jours de cette maladie ou d'autre (10). En conséquence, ces donations sont déclarées nulles par les coutumes de Blois (170, 171), et de Bretagne (209), ou plus ordinairement elles sont reputées à cause de mort ou testamentaires, c'est-à-dire qu'il faut observer les solennités des testaments, et qu'on ne peut y excéder la quotité disponible en testament (11). La coutume de Berri (XVIII, 18), exige pour les donations faites en maladie mortelle, l'observation des formes des testaments, mais les considère néanmoins comme vraies donations entre-vifs.

VII. Les droits de l'héritier du sang ne peuvent être supprimés par la dernière volonté du défunt; la succession testamentaire ne peut prendre la place que la coutume réserve à la succession *ab intestat*.

(1) Cout. du duché de Bourgogne, VII, 2-4, 7-9.

(2) Cout. de Bretagne, 199.

(3) Paris, 273-275. Étampes, 145, 146. Dourdan, 93. Montfort, 152, 153. Mantes, 150. Châlons, 64. Troyes, 137. Sens, 108-115. Bar, 167. Bassigny, 165. Clermont en Argonne, VI, 5-20. Meaux, 16, 17. Melun, 230-231. Orléans, 283-284. Montargis, XI, 5-6. Dreux, 77-78. Châteauneuf, 110. Blois, 169. Auxerre, 217. Nivernais, XXVII, 1-2. Berri, VII, 1-4. Bourbonnais, 212-214. Auvergne, XIV, 18-21. Normandie, 444-446. — Les coutumes de Calais, 67, du Grand-Perche, 101, de la Haute-Marche, 309, et de Bretague, 216, disent plus ou moins explicitement la même chose, sans néanmoins rappeler l'adage : Donner et retenir ne vaut. — Celles de Vitry (111), et de Chaumont (76) exigent, en cas de rétention d'usufruit, que le donataire se dessaisisse autant que faire se peut, que par exemple le donateur soit reçu à foi et hommage, s'il s'agit d'un fief. Les coutumes de Chartres, la Rochelle, Saintonge, Angoumois, du duché et du comté de Bourgogne sont muettes.

(4) Péronne, 109. Reims, 229-230. — Les coutumes de Chauny, 57-91, et de Laon, 54, sont douteuses.

(5) Senlis, 211-212. Clermont en Beauvaisis, 127. Valois, 130.

(6) Poitou, 273. Angoumois, 116-117. — Mais sous ces deux coutumes, le donataire a-t-il action contre les héritiers? Elles ne le disent point.

(7) Melun, 167.

(8) Châlons, 64. Clermont en Argonne, VI, 2.

(9) Les coutumes de Ponthieu, (21-22), d'Artois (71), et du Maine (347), sont douteuses.

(10) La coutume d'Anjou (341), exige pour les donations entre-vifs que le donateur soit en pleine santé.

(11) Paris, 277. Calais, 69. Sens, 109. Bar, 169. Clermont en Argonne, VI, 4. Orléans. 297. Montargis, XIII, 8. Grand-Perche, 130. Auxerre, 218. Nivernais, XXVII, 5. Auvergne, XIV, 36. Normandie, 447. — Si la plupart des coutumes exigent que les donations mutuelles entre époux soient faites en santé, c'est qu'elles défendent aux époux de s'avantager par testament.

Institution d'héritier n'a point lieu : telle est la disposition du plus grand nombre des coutumes (1). Si l'institution d'héritiers n'est pas requise, comme en droit romain, pour la validité du testament, d'un autre côté, elle ne vaut que comme legs et jusqu'à concurrence de la quotité disponible. L'héritier du sang est saisi ; l'institué ne l'est point ; car il n'est que légataire, et legs testamentaire ne saisit. Il faut qu'il reçoive la chose léguée des mains de l'héritier, qui lui en fait délivrance, ou par l'exécuteur testamentaire, lorsqu'il s'agit de meubles dont celui-ci a la saisine, dans l'an et jour de l'ouverture de la succession, ou enfin par justice, l'héritier appelé. Ces conséquences du principe sont admises même par les coutumes qui ne formulent pas d'une manière explicite la règle qu'institution d'héritier n'a point de lieu (2), excepté seulement les coutumes de Berry, du duché et du comté de Bourgogne.

La coutume de Berri dispose (XVIII, 1, 4, 5, 7) que chacun peut faire par son testament institution d'héritier, laquelle néanmoins n'est pas requise pour la validité du testament, et ne vaut que pour la quotité disponible; que l'héritier testamentaire n'est saisi que par la rigueur de la coutume générale du royaume de France, mais le sera par exception, pour éviter circuit. La coutume du duché de Bourgogne (VII, 4) permet de même d'instituer héritier par testament pour les deux tiers disponibles, et donne la saisine à l'institué pour ces deux tiers. Celle du comté de Bourgogne (43), donne la saisine à l'héritier testamentaire aussi bien qu'à l'héritier du sang (3).

2° Partage de la succession.

Entre les héritiers du sang, la succession ouverte est déférée, en général, au plus proche en degré, et se partage, entre tous les appelés en pareil degré, par parts et portions égales.

Pour déterminer la proximité du degré, la computation romaine a prévalu, en général, sur l'ancienne computation coutumière, qui procédait par troncs et lignages, ne comptait par génération que dans chaque lignage seulement, et se confondait par conséquent avec la computation canonique, admise pour déterminer les degrés auxquels le mariage est prohibé entre parents par le droit canon.

Ces règles sur la vocation du plus proche à l'exclusion des plus lointains, et le partage égal entre les appelés du pareil degré reçoivent de nombreuses dérogations par suite de la représentation, du double lien, des droits d'aînesse et de masculinité, de la distinction des meubles et des immeubles, des propres et des acquêts, des traces enfin, qui se sont conservées de l'ancienne computation coutumière.

I. Sous les coutumes de Ponthieu (8), de Boulenois (75, 83) et d'Artois (93), la représentation n'a lieu en aucune manière, ni en ligne directe, ni en ligne collatérale; sous celles de Senlis (136, 139, 140), Clermont en Beauvaisis (155), Meaux (41), Montargis (XV, 4-8), et Blois (138, 139, 154) (4), elle n'a lieu qu'en ligne directe.

La plupart des coutumes admettent la représentation en ligne directe à l'infini ; en ligne collatérale, jusqu'aux enfants des frères et sœurs, et pour ceux-ci dans le cas seulement où ils concourent avec leurs oncles ou tantes, frères ou sœurs du défunt. S'il n'y a point de frères ni de sœurs, les neveux en pareil degré viennent de leur chef et succèdent par têtes et non par souches (5); l'oncle et le neveu succèdent également comme étant

(1) Paris, 299. Étampes, 108. Dourdan, 98. Montfort, 92. Mantes, 151. Senlis, 165. Valois, 169. Péronne, 161. Calais, 82. Reims, 285. Châlons, 69. Vitry, 101. Troyes, 96. Chaumont, 83. Sens, 70. Bar, 102. Meaux, 28. Orléans, XIII, 1. Chartres, 95. Dreux, 85. Châteauneuf, 117. Grand-Perche, 121. Blois, 137. Touraine, 258. Loudunois, XVII, 1. Maine, 257. Anjou, 271. Auxerre, 227. Nivernais, XXXIII, 10. Auvergne, XII, 40, 47, 48. Haute-Marche, 250. Poitou, 272. Angoumois, 114-116. La Rochelle, 41.

(2) Clermont en Beauvaisis, 47-136, 141. Amiens, 62-65. Ponthieu, 26. Boulenois, 74-95. Artois, 90-92. Chauny, 62. Laon, 63. Bassigny, 157. Clermont en Argonne, VII, 11. Melun, 252. Bourbonnais, 290, 293. Saintonge, 90. Normandie, 235, 430. Bretagne, 538, 614.

(3) L'exhérédation des enfants pour les causes de droit a été admise par plusieurs coutumes. Bassigny, 148. Clermont en Auvergne, VII, 6; VIII, 23. Dreux, 91. Touraine, 286, 303. Loudunois, XXV, 12, XXVII, 28. Maine, 237, 269. Anjou, 251, 271. Berri, XVIII, 5. Bourbonnais, 312. Haute-Marche, 247. Bretagne, 495. Duché de Bourgogne, VII, 2. Mais l'enfant déshérité est néanmoins saisi jusqu'à vérification des causes d'exhérédation. Berri, XVIII, 5.

(4) Elle a lieu en collatérale sous la coutume de Montargis, du consentement de tous les intéressés, et sous celle de Blois par rappel de celui de la succession duquel il s'agit.

(5) Paris, 319, 320. Étampes, 119, 121. Dourdan, 113, 115. Montfort, 104-105. Mantes, 164-165. Valois, 87. Péronne, 191, 195, 197. Amiens, 69-70. Calais, 110-112. Chauny, 58, 59. Laon, 74-76. Châlons,

en pareil degré, et sans qu'il y ait lieu à représentation (1).

Ce même système est suivi par quelques autres coutumes, mais avec des modifications partielles. Ainsi la représentation n'a lieu, en faveur des enfants, des frères et sœurs, que pour les immeubles et non pour les meubles, sous la coutume de Nivernais (XXXIV, 10-13); pour les propres non pour les acquêts, sous celle de Clermont en Argonne (VIII, 4, 5). La coutume de Sens (88-96), qui admet enfin la représentation pour les descendants en ligne directe et pour les enfants des frères et sœurs, repousse le partage par souches, toutes les fois que les appelés sont en pareil degré, même dans la ligne directe.

La coutume de Reims (50, 53, 300, 309) fait la transition à un quatrième système: sous son empire, la représentation a lieu en ligne directe à l'infini; en ligne collatérale, jusqu'aux enfants des frères et sœurs pour les fiefs, et à l'infini pour les rotures. En Normandie (238, 240, 241, 304, 305, 309), il y a représentation à l'infini pour les propres; pour les meubles et acquêts entre oncles et neveux, au premier degré seulement. Les coutumes du Grand-Perche (151), de Touraine (287), Maine (241, 286), Anjou (225), Auvergne (XII, 9), Poitou (277), Saintonge (104), Bretagne (592), et sans doute aussi celle de Loudunois (XXVII, 30) admettent la représentation à l'infini, tant en ligne directe que collatérale, aussi loin que le lignage peut se montrer. Il en est de même sous la coutume du duché de Bourgogne (VII, 18, 19), mais pour les propres seulement (2).

II. La préférence du double lien, en vertu duquel les frères et sœurs germains excluent les consanguins et les utérins, a lieu dans les coutumes de Péronne (189, 190), Artois (105), Troyes (93), Chaumont (80), Bar (129, 130), Clermont en Bassigny (VIII, 10, 21), Orléans (330), Châteauneuf (126), du Grand-Perche (153), de Blois (155), Touraine (289), Nivernais (XXXIV, 16), Poitou (295). La Rochelle (51) et Saintonge (98), quant aux meubles et acquêts.

Il a lieu, même quant aux propres, dans les coutumes de Berri (XIX, 6, 7), du duché (VII, 20) et du comté de Bourgogne (46). Celles de Montargis (XV, 12), Dreux (90), Bourbonnais (317), et vraisemblablement aussi celle de Chartres (95) admettent le double lien, sans s'expliquer sur la question de savoir, si c'est pour les meubles et acquêts seulement, ou pour les propres. Sous la coutume de Reims (311) les germains concourent avec les consanguins et les utérins, mais ils prennent dans les deux lignes (3).

Sauf les coutumes muettes, aucune autre n'a adopté le privilege du double lien (4).

III. Les droits de primogéniture et de masculinité ont lieu : 1° dans la France, l'Orléanais, la Champagne (5), le Vermandois, la plus grande partie de la Picardie et l'Artois, pour les fiefs tant entre nobles que roturiers; 2° pour tous les fiefs entre nobles, et pour les fiefs anciens entre roturiers, dans le Poitou et la Saintonge; 3° pour tous les fiefs entre nobles seulement, dans l'Aunis, l'Angoumois, la Haute-Marche, l'Auvergne, le Bourbonnais, le Berri et le Nivernais.

Ils ont lieu 4°, entre toute sorte de personnes pour toute sorte de biens, dans le Ponthieu, le Boulenois, et jusqu'à un certain point en Normandie; 5° pour toute sorte de biens entre nobles et pour fiefs entre roturiers, dans le Grand-Perche; 6° pour toute sorte de biens entre nobles et pour fiefs anciens entre roturiers dans la Touraine, le Loudunois, le Maine et l'Anjou; 7° pour les fiefs et les meubles entre nobles, pour les fiefs seulement entre roturiers, en Bretagne (6).

Mais il faut voir en quoi ces droits consistent, et faire l'énumération des divers systèmes que les coutumes ont suivis à cet égard (7).

Premier système. Le fils aîné, soit noble

81-83. Vitry, 66. Troyes, 92. Chaumont, 79. Bar, 119, 128. Bassigny, 139, 145. Melun, 257, 261-263. Orléans, 305, 318, 319. Chartres, 93. Dreux, 85. Châteauneuf, 115. Auxerre, 247. Berri, XIX, 43. Bourbonnais, 306. Haute-Marche, 219. Angoumois, 83. La Rochelle, 53. Comté de Bourgogne, 47.

(1) Paris, 321. Calais, 128. Orléans, 329.

(2) Il y aurait aussi à parler de la représentation au droit d'aînesse, et de la représentation de legs au droit de masculinité. Mais ce détail serait trop long pour trouver place ici.

(3) Sous cette coutume, les meubles et acquêts se divisent par moitié entre les deux lignes.

(4) Sont muettes les cout. de Senlis, Clermont en Beauvaisis, Bassigny, Loudunois, du Maine, d'Anjou et de Bretagne.

(5) Les coutumes de Troyes, Chaumont et Vitry, ne parlent toutefois de l'aînesse qu'entre nobles, parce que les roturiers ne pouvaient pas élever des fiefs sans privilége spécial. Chaumont, 10.

(6) Les deux coutumes de Bourgogne sont seules muettes.

(7) Je ne parle pas des fiefs de dignité et de baronies qui ne se départent point entre frères et sur lesquels l'aîné ne doit que provision à ses frères puînés et mariage avenant à ses sœurs.

ou roturier, prend par préciput le principal manoir, avec le pourpris et le vol du chapon (1), plus les deux tiers des fiefs, s'il n'y a qu'un frère puîné ou une sœur, et la moitié, s'il y en a deux ou plusieurs. Les puînés et les sœurs partagent le reste également entre eux. Entre filles, il n'y a point d'aînesse, non plus qu'en ligne collatérale. En collatérale, les mâles, venant de leur chef, excluent les femelles en pareil degré, concourent avec elles, lorsqu'ils ne viennent que par représentation, en degré inégal. Ce système est suivi dans la France propre et dans l'Orléanais (2); il a aussi lieu, par importation, sous la coutume de Calais (13-18, 113, 114, 120).

Second système. A Mantes, dans le Vexin français et le Beauvaisis, l'aîné prend toujours les deux tiers des fiefs, quel que soit le nombre des puînés et des filles. D'ailleurs ce système est semblable au précédent, excepté qu'à Clermont en Beauvaisis, la fille aînée prend hors part le principal manoir, sans autre avantage.

Troisième système. Dans la Champagne et le Vermandois, une fille ne prend que demi-part du puîné : d'ailleurs, ce système offre trois variantes bien distinctes.

A Laon (147-153, 162-163 et à Reims (41-47, 51-56), le fils aîné prend le principal manoir avec l'enclos, plus la moitié ou les deux tiers des fiefs, selon qu'il concourt avec un ou plusieurs puînés, ou deux ou plusieurs filles, ou bien avec une fille seulement.

A Châlons (150-159, 175-176) et à Vitry (55-59), l'aîné prend un manoir à son choix pour tout avantage; et s'il y a plusieurs manoirs, chaque puîné en prend un à son rang d'âge; s'il y a moins de manoirs que de fils, les plus jeunes n'en ont point; s'il y en a plus, ceux qui restent se partagent également comme les autres fiefs, sauf qu'une fille n'a jamais de préciput, et ne prend qu'une demi-part dans ce qui se partage.

L'aîné prend à Troyes (14, 15) et à Chaumont (8, 9) un château ou maison forte avec l'enclos et le vol du chapon, et de plus, un membre de chaque espèce de terres et de droits qui dépendent du château; à Bar (112-120), un château fort, avec les murailles et fossés, et un journal de terre joignant le château; à Meaux (160-165), le maître-hôtel ou châtel, avec l'accint, ou à défaut d'accint, le vol du chapon estimé à un arpent; dans les coutumes de Bassigny (28, 35, 36), et de Clermont en Argonne (IV, 2-4-8, 12-17), enfin, un château seulement avec ses murailles et ses fossés. Tout le reste des fiefs se partage également, sauf qu'une fille n'a que demi-part.

Dans ce troisième système, comme dans les deux premiers, il n'y a point d'aînesse entre filles ni en collatérale; et, en collatérale, les mâles excluent les filles en pareil degré.

Quatrième système. Le fils aîné prend le principal manoir avec le vol du chapon, à Sens (201-204) et à Auxerre (53, 54, 58, 59), tant entre nobles que roturiers; dans le Ber (XIX, 31), le Bourbonnais (301-209), la Haute-Marche (93, 213-215, 221) et l'Auvergne (XII, 25, 31, 51-52 entre nobles seulement. Pour le reste des fiefs, partage égal entre l'aîné, les puînés et les filles, entre filles et en collatérale, point d'aînesse. La coutume de Sens préfère les mâles aux filles en pareil degré, en ligne collatérale; les filles mariées sont forcloses tant qu'il y a des mâles, sous la coutume de Bourbonnais, d'Auvergne et de la Haute-Marche; celles d'Auxerre et de Berri sont muettes à cet égard.

La coutume de Nivernais (XXXV, 1-6, 14) donne à l'aîné le principal manoir, le meilleur fief et le meilleur serf pour tout avantage; l'aînesse n'a lieu qu'entre nobles vivant noblement, en ligne directe quand la chevance du défunt vaut cent livres de rente, et non autrement. Elle n'a lieu ni en succession de femme ni entre filles. Les mâles et descendants de mâles forclosent les filles en ligne collatérale.

Cinquième système. Dans le Poitou, le droit d'aînesse a lieu, tant en ligne directe que collatérale, pour tous les fiefs entre nobles, et entre roturiers, pour les fiefs tombés en quarte foi seulement, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu trois mutations depuis le premier roturier acquéreur du fief. Le principal héri-

(1) Il est ordinairement d'un arpent; mais il y a quelque diversité entre les coutumes.

(2) Paris, 13-19, 322, 331. Étampes, 9-11, 121, 122. Dourdan, 4-6, 8, 12, 13. Montfort, 9-14, 21, 25, 109. Senlis, 126-137 (pour la partie du territoire de cette coutume qui est au sud et à l'est de l'Oise). Valois, 57-60. Melun, 89-92, 96-99. Orléans, 89-90, 305, 320-321. Montargis, 1, 22-25, 42, 43, XV, 19. Chartres, 5-6, 96, 97. Dreux, 3, 4, 87. Châteauneuf, 5, 6, 119. Blois, 143-145, 145, 152, 153. — A Châteauneuf l'exclusion des filles, en collatérale, est perpétuelle tant qu'il y a des mâles et pas seulement en pareil degré; de plus, quand l'aîné meurt sans descendants légitimes, le plus âgé des puînés survivant ou son représentant, prend l'aînesse; dans ce cas, il y a donc droit d'aînesse en collatérale.

(3) Mantes, 1-3, 9, 19, 20. Senlis, 126-137 (pour la châtellenie de Pontoise et le pays de delà l'Oise). Clermont en Beauvaisis, 81-86.

tier mâle, ou qui le représente, prend pour son droit d'aînesse le principal châtel ou hôtel, avec les préclotures anciennes jusqu'à concurrence de trois sextrées de terres, et quant au surplus, les deux tiers de toutes les terres et revenus nobles; les puînés et les filles se partagent l'autre tiers également. Entre filles, lorsqu'il n'y a ni mâle ni représentant de mâle, l'aînée prend le château avec les clôtures anciennes, pour tout avantage (Articles 280, 289-296.)

Sixième système. Le droit d'aînesse a lieu sous les coutumes d'Angoumois (85-91) et de La Rochelle (54, 55) pour les fiefs et entre nobles seulement, sous celle de Saintonge (91-96, 102-103) entre nobles seulement pour tous les fiefs, entre roturiers pour les fiefs tombés en tierce foi. En ligne directe, l'aîné mâle ou qui le représente, ou s'il n'y a que filles, l'aînée des filles, prend le principal manoir avec les préclôtures anciennes, et le quint des choses nobles par préciput: quant au surplus, il partage également avec les cohéritiers. En vraie succession collatérale, il n'y a aucun droit d'aînesse; mais si la succession n'a pas encore été partagée et quintée, et qu'un des cohéritiers meure dans l'indivision, la succession est réputée directe, tellement que, si c'est l'aîné qui est mort, le premier puîné prend le préciput en son lieu et place: si c'est un puîné, le droit d'aînesse se prend sur la part de ce puîné comme sur le reste de la succession.

Septième système. Les coutumes d'Amiens (71, 72, 81, 84, 85) et d'Artois (94-97, 99, 100, 103, 104) donnent à l'aîné mâle, et à son défaut, à l'aînée femelle, le principal manoir avec pourpris et accinct hors part, plus tous les fiefs propres ou d'acquêt, en ligne directe, à charge du quint hérédital des puînés (1); en ligne collatérale, sans charge de quint. Sous la coutume d'Amiens, il y a accroissement entre puînés pour les parts de ceux qui s'abstiennent ou qui meurent sans descendants, et le quint ne revient à l'aîné que quand il ne reste aucun puîné. Sous celle d'Artois, les parts non appréhendées ou éteintes retournent directement à l'aîné. En succession de fief, le mâle en pareil degré exclut la femelle.

Le système de la coutume d'Amiens est suivi par celle de Péronne (169, 175-183), mais entre nobles seulement; et par celle de Chauny (73-75, 78), aussi entre nobles, mais avec cette différence que les fiefs se quintent même en succession collatérale. Entre roturiers, l'aîné ou l'aînée, ont, dans l'une et l'autre coutumes, le principal manoir avec le pourpris, et la moitié ou les deux tiers des fiefs selon qu'il n'y a qu'un puîné ou une fille, ou qu'il y en a plusieurs.

Les coutumes locales de Vermandois, savoir, Noyon, Saint-Quentin, Ribemont et Coucy, sont, à quelques différences près, semblables à celles de Péronne et de Chauny.

Huitième système. Dans le Ponthieu (1-3, 13-15, 59, 60), à l'aîné mâle, et, à son défaut, à l'aînée des filles, appartiennent, en ligne directe, tous les meubles et tous les immeubles féodaux ou cottiers, propres ou d'acquêt, sauf aux puînés un quint viager qui retourne à l'aîné à leur mort, sans accroissement entre les puînés. Entre collatéraux pareils en degré, l'aîné est seul héritier des meubles et acquêts, ainsi que des propres venus de son côté et ligne. Le quint de vivre naturel ne saisit point (2).

Dans le Boulenois, il n'y a aussi qu'un héritier en ligne collatérale. En ligne directe, les fiefs soit propres ou d'acquêt sont à l'aîné ou à l'aînée, à charge d'un quint héréditaire aux puînés, en successions de père et de mère seulement. Les propres cottiers sont aussi à l'aîné, sans charge de quint, entre roturiers; et entre nobles, l'aîné ne doit aux puînés que l'estimation du quint des propres cottiers. Les meubles et les acquêts cottiers se partagent sans droit d'aînesse. (Art. 62-70, 76, 81-83).

Neuvième système. Dans le Grand-Perche (137-146, 150, 154, 157), l'aîné mâle, entre nobles, prend par préciput le principal manoir avec le circuit, et le bois de haute futaie qui est en vue du manoir, jusqu'à concurrence de quarante arpents, plus la moitié ou les deux tiers de tous les immeubles féodaux ou autres, selon qu'il y a un ou plusieurs fils puînés ou filles, et tous les meubles. Entre filles, il n'y a point d'aînesse, non plus qu'en collatérale, où l'aîné ou ses représentants succèdent également avec les puînés survivants, ou leurs représentants aux meubles et acquêts: mais il y a accroissement entre les puînés mâles, pour le tiers qui leur a été baillé par l'aîné, et à l'exclusion de celui-ci. Les filles, en collatérale, sont exclues par les mâles en pareil degré pour les fiefs propres seulement, et non pour les fiefs d'acquêt,

(1) Toutefois, sous la coutume d'Artois, les fiefs ne se quintent qu'en succession de père et de mère, et non en celle de grand-père, grand'mère, ou d'autres.

(2) Il faut distinguer le quint naturel du quint datif, dont il a été question à la qualité disponible.

tant entre nobles que roturiers. Entre roturiers, l'aîné n'a en avantage que la principale maison manale tenue en fief, et un demi-arpent de terre découverte (art. 138).

Dixième système. En Caux, lorsque les père, mère ou autres ascendants sont décédés sans dispositions ou testament (1), l'aîné a le manoir et pourpris, plus les deux tiers de toute la succession propre, le tiers restant se partage également entre les puînés et leur appartient en propriété. Les filles sont mariées sur les meubles, et s'ils ne sont suffisants, sur toute la succession pour la part échue tant à l'aîné qu'aux puînés. Si un puîné décède sans enfants, l'aîné prend les deux tiers des biens provenus de la succession paternelle, mais partage également aux meubles et acquêts, sauf son préciput pour les fiefs nobles indivisibles, selon la coutume générale de Normandie. L'aîné a de plus toute l'ancienne succession de ses autres parents collatéraux, sans en faire part ou portion à ses frères puînés. S'il n'y a en tout qu'un seul fief noble dans la succession, l'aîné l'emporte et les puînés n'y ont qu'un tiers à vie, selon la coutume générale.

Onzième système. En Normandie (237, 248 et suiv., 272, 309, 318, 321, 335, 347, 356), le fils aîné, noble ou roturier, est seul saisi de la succession, et fait les fruits siens jusqu'à la demande en partage. Il peut prendre par préciput tel fief ou terre noble que bon lui semble, et s'il y a plusieurs fiefs, chaque puîné à son rang peut choisir de même un préciput, mais l'aîné ou les aînés qui ont pris préciput, laissent, aux puînés qui n'en ont point eu, tout le reste de la succession à partager entre eux. S'il n'y a qu'un seul fief dans la succession, sans autres biens, l'aîné le prend, à charge de provision du tiers à vie aux puînés. S'il n'y a qu'un seul hébergement ou manoir roturier aux champs, l'aîné ne peut l'avoir qu'en récompensant ses puînés. En collatérale, si l'aîné meurt avant les partages faits, le second fils prendra un préciput du chef de l'aîné et un de son chef; si un puîné meurt avant partage, l'aîné comme son héritier prend aussi deux préciputs. Après partage, la succession en propres du puîné est échue aux autres puînés qui avaient partagé avec lui, à l'exclusion des aînés qui avaient pris préciput (2); mais les meubles et acquêts se partagent également entre frères, sauf le préciput de l'aîné, s'il y a un ou plusieurs fiefs nobles. Entre collatéraux plus éloignés, il n'y a point de préciput, et s'il y a fief noble impartable, l'aîné, ou à son refus un autre frère, le prendra en récompensant les cohéritiers. Tant qu'il y a mâles ou descendants de mâles, les femelles et descendants de femelles sont exclus de la succession aux propres, et ne peuvent demander que mariage avenant, évalué à un tiers au plus pour toutes, quel que soit leur nombre, à moins qu'elles n'aient été réservées à partage, ou que leur frère soit refusant de les marier. Pour les meubles et les acquêts, les frères excluent les sœurs, et les descendants des frères les descendants des sœurs en pareil degré; seulement, les fiefs qui sont impartables et individus à l'égard des mâles, peuvent se partager entre filles héritières, jusqu'à un huitième de fief de haubert, si les partages ne peuvent être faits autrement.

Douzième système. En Bretagne (541, 543, 548, 563, 564, 588, 589), entre nobles anciens vivant noblement, le fils aîné a seul la saisine de la succession, et prélève dans le partage le principal manoir et le pourpris. Il a de plus les deux tiers des terres nobles, tant de patrimoine que d'acquêt et les deux tiers des meubles; le tiers restant se partage également entre les puînés et les filles. En ligne collatérale, soit qu'il s'agisse de la succession de l'aîné ou de celle d'un puîné ou d'une fille ou de leurs descendants morts sans hoirs de leurs corps, l'aîné des survivants ou qui le représente, recueille seul tout ce qui procède du tronc commun, soit fiefs ou autres choses, et qui aurait été baillé par l'aîné en partage à ses puînés, sans que les puînés survivants puissent y rien prétendre; quant aux acquêts et aux autres biens nobles qui ne sont pas du tronc commun, ils se partagent noblement par les deux parts et le tiers. Les terres roturières se partagent également entre l'aîné et les uînés, tant en ligne directe qu'en collatérale.

Entre roturiers, le fils aîné (ou son représentant) prend par préciput un sou par livre des terres nobles, en succession directe seulement; il peut avoir de plus la principale

(1) Cout. de Normandie, art. 295, suiv. et art. 318. Voyez plus bas les dispositions qu'il est permis aux ascendants de faire à leurs puînés. Si les puînés avantagés renoncent à la disposition, ils ne peuvent demander à l'aîné que provision à vie, et non partage de succession. (Cout. de Norm., art. 290 et suiv.).

(2) Le frère aîné peut toutefois prendre le fief venu de la succession paternelle et maternelle, lorsque ce fief n'a pas été choisi par préciput, mais partagé avec les autres biens de la succession, art. 342. Mais dans ce cas il ne peut plus prendre un second préciput sur les acquêts nobles, art. 319.

maison et logis suffisant, en récompensant les autres.

Treizième et dernier système. Dans la Touraine (260, 263, 267. 273, 274. 279, 283, 297, 299,) et le Loudunois (XXXIII, 3, 7, 13, 14, 22, 24, XXIX, 2, 5), le fils prend le principal manoir avec le pourpris et le chezé ou vol du chapon (1) en avantage, et de plus tous les meubles s'il les veut, et les deux tiers de tous les héritages nobles ou roturiers, propres ou d'acquêt; les puînés et les filles n'ont qu'un tiers (2). S'il n'y a que filles, l'aînée prend l'aînesse comme entre mâles; dans le Loudunois, dans la Touraine, elle n'a que l'avantage et peut prendre les meubles, mais partage pour le surplus également avec ses sœurs. Si l'aîné meurt sans hoirs de sa chair, le plus âgé des puînés prend l'aînesse comme en ligne directe. En ligne collatérale, l'aîné, ou à défaut de mâles, l'aînée, prend seule toute la succession excepté en deux cas lorsque les puînés tiennent leurs parts indivises, et lorsque la succession naît ou procède du frère aîné ou autre parent chef de ligne, dont ils sont descendus, ou de leurs représentants. Dans le premier cas il y a, entre les puînés, accroissement pour leurs parts héréditaires, et succession aux meubles et acquêts à l'exclusion de l'aîné (3). Dans le second cas, la succession n'advient pas à l'aîné seul, mais tous les membres en sont abreuvés; l'aîné ou ses représentants n'en prennent que les deux parts avec l'avantage. Entre roturiers, le droit d'aînesse n'a lieu que pour les fiefs tombés en tierce foi, et non pour les meubles, les rotures, ni les fiefs de nouvel acquêt.

Une variante de ce système a lieu dans le Maine (110, 238, 239, 244, 247, 250, 252, 273, 277, 280, 283), et l'Anjou (97 222, 227, 230, 233, 235, 255, 259, 263). A l'aîné ou aînée noble et à leurs représentants, appartient, en ligne directe ou collatérale, le principal manoir avec l'enclos en avantage, plus les deux tiers des immeubles féodaux ou censuels et tous les meubles. Le tiers restant se partage également entre les puînés et les filles; mais les puînés, quoique saisis de leur part, ne sont point héritiers en ligne directe, et n'ont leur part qu'en bienfait et en usufruit. A leur mort, leur part, si elle est indivise, accroît aux autres puînés; sinon elle retourne à l'aîné et se consolide avec la propriété. Les enfants des puînés ne leur succèdent que pour les meubles et les acquêts. Les puînés en ligne collatérale, et les filles en ligne tant droite que collatérale, ont leur part du tiers en propriété. Entre roturiers, il n'y a lieu au droit d'aînesse que pour les fiefs tombés en tierce foi, et l'aîné prend en ceux-ci les deux parts sans autre avantage; les puînés succèdent en propriété, même en ligne directe.

IV. Pour la succession aux propres, deux règles se trouvent consacrées concurremment par la plupart des coutumes :

1° Les propres ne remontent point en ligne directe; c'est-à-dire qu'à défaut d'enfants et autres descendants, les collatéraux succèdent, à l'exclusion des ascendants, aux immeubles qui étaient échus au défunt par succession. Cette règle ne s'applique qu'aux propres naturels et non aux conventionnels, et n'exclut pas le droit de réversion des immeubles donnés en avancement d'hoirie par les père, mère, ou autres ascendants à leurs enfants morts sans descendants (5).

2° Les propres retournent au plus prochain lignage du côté et ligne dont ils sont venus, ce que l'on a exprimé aussi par l'adage : *paterna paternis, materna maternis* (6).

Les propres remontent, par exception, sous la coutume d'Amiens (68, 88), et retournent aux descendants paternels ou maternels, selon qu'ils sont venus de l'un ou de l'autre côté (7).

Sous la coutume de Normandie (241, 242), aucun ascendant ne succède tant qu'il y a des descendants *de lui* vivants : ainsi les père et mère sont forclos par les frères, sœurs, neveux et nièces du défunt, mais succèdent

---

(1) Évalué à 2 arpents. Touraine, 260.

(2) Dont ils sont saisis dans la Touraine, tandis que dans le Loudunois, l'aîné seul a la saisine.

(3) Non des ascendants, s'il y en a, quant aux meubles et acquêts.

(4) Cout. du Maine, art. 110. — Cout. d'Anjou, art. 97.

(5) Les immeubles même d'acquêt ne remontent point sous les coutumes de Loudunois (XXIX, 13) et d'Angoumois (87), pour celles du Maine (288), d'Anjou (270), et de Poitou (284); les ascendants n'ont que l'usufruit des immeubles auxquels ils succèdent; et sous celles de Nivernais (XXXIV, 9) l'usufruit des propres. Les propres remontent d'ordinaire, pour exclure le fisc, à défaut de collatéraux habiles à succéder. Montfort, (101). Mantes, (170). Péronne, 199. Laon, 81. Châlons, 96. Clermont en Argonne VIII, 11. Melun, 269. Orléans, 326. Touraine, 310. Poitou, 284. Angoumois, 87.

(6) Il y a dévolution d'une ligne à l'autre pour exclure le fisc. Paris, 330. Calais, 118. Laon, 82. Châlons, 97. Reims, 316. Clermont en Argonne, VIII, 12. Orléans, 326. Berri, XIX, 1. — *Secus* Maine, 286. Anjou, 268. Normandie, 245. Bretagne, 595.

(7) *Voy.* aussi cout. de Boulenois, 97, 83, et coutume de Sens, 86.

avant les oncles et tantes, qui excluent, à leur tour, les aïeuls et aïeules, et ainsi de suite.

Sous la coutume de Nivernais, les propres ne remontent pas en succession collatérale (XXXIV, 8) (1).

Dans les coutumes souchères, il ne suffit pas, pour succéder aux propres, d'être lignager du côté dont les immeubles sont venus par succession, mais il faut être descendu en ligne directe de la souche commune, c'est-à-dire de celui qui a le premier acquis l'immeuble et qui l'a mis en ligne (2).

Les coutumes d'Auvergne (XII, 6, 7, 19) et de la Haute-Marche (232, 233) réputent les acquêts biens paternels. Sous celle de Poitou (217), à défaut de propres dans une ligne, la moitié des acquêts en tient lieu.

V. A défaut d'enfants, les meubles et acquêts vont aux père, mère et autres ascendants, et à leur défaut, au plus proche parent collatéral, sans distinction de côté et ligne (3).

La coutume de Normandie (310, 325-328) donne la préférence aux parents paternels sur les maternels. Les coutumes du Maine (254, 288) et d'Anjou (237, 270) ne font exclure les collatéraux que par les père et mère, non par les autres ascendants, et ces mêmes coutumes, ainsi que celle de Loudunois (XXIX, 13), ne leur assignent que les meubles. Sous la coutume de Berri (XIX, 3), les ascendants ont les meubles en pur gain et les acquêts en usufruit seulement; sous celle de Saintonge (97), ils prennent seuls les meubles et partagent les acquêts avec les frères et sœurs; sous celle d'Orleans (313), les père et mère ont la propriété des meubles et acquêts; les aïeuls et aïeules l'usufruit seulement en concours avec les frères et sœurs, et la propriété, en concours avec des collatéraux plus éloignés. La coutume de Bourbonnais (314) fait enfin concourir les ascendants avec les frères et sœurs. La coutume de Bretagne (594), à défaut d'enfants et de père ou mère, appelle successivement les frères et sœurs, puis les aïeuls, et aïeules, puis les oncles, et ainsi de suite (4).

VI. L'égalité qui fait la règle dans le partage des successions, ou pour parler d'une manière plus générale et plus rigoureuse, le partage égal ou inégal tel qu'il est réglé par la coutume, ne peuvent être altérés par le fait de l'homme, par la volonté de celui de la succession duquel il s'agit. Tel est le principe consacré avec plus ou moins de rigueur par le plus grand nombre des coutumes.

Dans la coutume de France, d'Orléanais, de Champagne et d'autres lieux, on ne peut être héritier et légataire ensemble en ligne directe ou collatérale; c'est-à-dire que l'héritier ne peut recevoir par testamnet aucun legs, à moins de renoncer à la succession et de se faire étranger, auquel cas les règles ordinaires sur la quotité disponible deviennent applicables. Par cette même coutume, les ascendants ne peuvent avantager aucun de leurs enfants ou descendants par donations entre-vifs : ces donations, en ligne directe, sont toujours censées faites en avancement d'hoirie et sujettes à rapport; mais le rapport n'est point dû en ligne collatérale (5).

Plusieurs autres coutumes admettent de même qu'on ne peut être à la fois héritier et légataire soit en ligne directe soit en collatérale, mais varient sur la question de savoir si l'on peut être héritier et donataire ensemble. Les coutumes de Valois (81-83) et de Blois (158, 167), assujettissent toutes les donations, même en ligne collatérale, au rapport, quand le donataire veut prendre part à la succession du donateur. Celles de Châlons (71, 100, 101, 107) du Grand-Perche (93, 123-126) obligent au rapport, en ligne directe, même le donataire qui voudrait renoncer à la succession pour s'en tenir à son don. Celle de Chauny (13, 21, 22, 50, 60) exige le rapport de l'immeuble donné entre vifs, même par celui qui renonce à la succession, mais permet d'avantager un meuble par disposition entre-vifs, un héritier au delà des autres. Sous la coutume de Poitou (215-218, 272), on ne peut être à la fois héritier et donataire

(1) *Voy.* aussi cout. de Sens, art. 84 *in fine*.

(2) Dourdan, 116-118. Mantes, 166, 167. Melun, 20. Montargis, XV, 3, 7, 10. Touraine, 287, 288, 310. La coutume d'Auxerre, 240, 241, est douteuse.

(3) Les meubles et acquêts se partagent souvent par moitié entre les deux lignes, Péronne, 199. Bassigny, 143. Touraine, 312. Maine, 286. Anjou, 268. Loudunois, XXIX, 14, 15, 23. Bourbonnais, 315. La coutume de Bretagne (593) ordonne de plus la refente par ramages.

(4) La coutume de Montargis XV, 10, appelle à la succession des meubles et acquêts le plus prochain, sans distinguer entre ascendants et collatéraux. Les coutumes de Chartres et Dreux sont seules muettes.

(5) Paris, 300-307. Étampes, 109-112. Dourdan, 106-108. Monfort, 93-97. Mantes, 152-161, 162. Senlis, 160, 161, 217. Clermont en Beauvaisis, 129, 137, 145, suiv. Calais, 52, 53, 93-99. Laon, 88-98. Vitry, 73, 99, 100. Troyes, 112, 113, 142. Chaumont, 85. Sens, 72, 73. Bar, 99, 100, 133, 131, 138, 165. Bassigny, 141, 142, 152-156. Meaux, 11-12, 26, 53. Melun, 249, 274, 276. Orléans, 273, 286, 288. Montargis XI, 2, 9, XII, 2, XIII, 3, XV, 1, 20. Chartres, 92, 100. Dreux, 91. Châteauneuf, 114, 123, 127. Auxerre, 229, 230, 244, 250. Nivernais, XXVII, 7, suiv. XXXIII, 11, XXXIV, 20.

en propres, mais bien en meubles et acquêts. Sous celle de Bourbonnais (217, 308, 313, 321), les donations entre-vifs ne se rapportent point en ligne collatérale, ni en ligne directe lorsqu'elles sont faites par préciput et hors part en contrat de mariage.

La coutume de Clermont en Argonne (VII, 4, 5, VIII, 3, IX, 1, 3, 8) porte qu'on ne peut être héritier et légataire en ligne directe, mais en ligne collatérale, quant aux meubles et acquêts, non quant aux propres. Les ascendants ne peuvent avantager leurs enfants et descendants au préjudice les uns des autres par dispositions entre-vifs. La coutume du duché de Bourgogue dit simplement qu'on ne peut être héritier et légataire ensemble sans s'expliquer sur les donations entre-vifs. La coutume du comté de Bourgogne est muette.

D'autres coutumes suivent un système fort différent; mais, si elles permettent d'avantager un héritier, ce n'est que pour diminuer l'inégalité prodigieuse que la coutume met entre la condition de l'aîné et celle des puînés. Elles interdisent tant en ligne directe qu'en ligne collatérale, de rien donner à l'héritier principal autrement qu'en avancement d'hoirie; et celles de ces coutumes qui n'admettent pas régulièrement le droit d'aînesse entre roturiers, ne veulent pas que ceux-ci puissent faire la condition d'un de leurs enfants ou autres héritiers meilleure ou pire que celle des autres. Ainsi les coutumes de Touraine (233-235, 248, 249, 302, 304, 309), de Loudunois (XXV, 112, XXVI, 2, XXIX, 7, 12), du Maine (268, 278, 333-349), d'Anjou (260, 320-338) et de Bretagne (199, 203, 217, 596) ne permettent d'avantager que les puînés entre nobles; et les coutumes de Ponthieu (20, 24, 25, 61), Boulenois (91, 92), Artois (79, 148) et la coutume locale de Caux (Cout. de Normandie, art. 279 suiv.) permettent d'avantager les puînés sans distinction entre nobles et roturiers. Il y a d'ailleurs diversité entre ces coutumes quant au mode et à la qualité de l'avantage permis en faveur de l'un des puînés ou de tous.

Un troisième système est celui des coutumes qui permettent d'avantager un héritier au préjudice de l'autre, sans distinction entre aînés et puînés. La coutume de Normandie (424, 425, 431, 434) le permet par testament pour meubles et en ligne collatérale seulement; celle de la Saintonge (87, 88), tant en ligne directe que collatérale, pour les meubles, les acquêts et un tiers des propres; celle d'Angoumois (4-96, 115), entre-vifs, pour la même quotité, et par testament, pour les meubles et acquêts seulement, à l'exclusion des propres; celle de La Rochelle (42), interdit expressément d'avantager un héritier en propres. Sous les coutumes d'Auvergne (XII, 46) et de la Haute-Marche (212, 252), le prélegs permis en faveur d'un héritier peut aller jusqu'à la quotité disponible en faveur des étrangers. La coutume de Berri (XIX, 42) dispense du rapport les donations faites par préciput même en ligne directe; il en est de même de la coutume de Reims (233, 287, 288, 302, 317, 320, 324), qui permet aussi de léguer hors part à un héritier les meubles et les acquêts. La coutume de Péronne (107, 169, 203) permet en termes généraux de donner et de léguer aux héritiers par préciput. Sous celle d'Amiens (91, 92), les enfants venant à succession se doivent le rapport de ce qu'ils ont reçu en mariage, si ce n'est qu'ils aient tous été mariés. Dans ce cas ils sont dispensés du rapport, encore que l'un eût reçu beaucoup plus en mariage que l'autre.

(*Revue de Législation.*)

XXXIV

ESQUISSE D'UNE THÉORIE DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

PAR M. CABANTOUS, DOCTEUR EN DROIT.

La séparation des patrimoines est une des matières les plus fécondes en difficultés et les moins explorées de notre droit civil. L'incertitude du but véritable que s'est proposé le législateur, le défaut de netteté des règles qu'il a tracées, le danger de chercher dans le droit romain des éclaircissements souvent trompeurs, sont autant de causes qui, en

multipliant les contestations portées devant les tribunaux, ont aussi multiplié les doutes par la divergence des décisions intervenues. Les éléments de débat sont nombreux ; ceux de solution manquent par suite du peu de soin qu'on a pris de déterminer avec exactitude le système de la loi. Si les principes étaient clairement définis, les conséquences en découleraient d'elles-mêmes et seraient admises sans controverse par tous les esprits.

C'est donc à l'analyse des caractères généraux de la séparation des patrimoines et non à l'examen des questions particulières soulevées dans la pratique, qu'il faut surtout s'appliquer pour fixer la jurisprudence. On n'atteindra ce but que par l'étude des origines législatives : dans aucun cas, et moins que dans tout autre lorsqu'il s'agit d'emprunts faits au droit antérieur, le système de la loi actuelle ne saurait être isolément apprécié. Il faut le rapprocher de celui des législations précédentes, pour faire jaillir de ce parallèle l'esprit des changements introduits. C'est le seul moyen d'acquérir, sur une partie quelconque du droit, des notions précises et vraies.

En appliquant cette méthode à la séparation des patrimoines, on s'aperçoit aussitôt que le nom et la chose ont été empruntés au droit romain et sont passés dans le Code civil par l'intermédiaire de l'ancienne jurisprudence française. Mais il ne faudrait pas conclure de ce premier fait, que dans les trois législations il y ait identité complète. Sous une apparente similitude se cachent des différences réelles dont il est indispensable de tenir compte pour l'appréciation du droit actuel.

Dans le système des lois romaines, la faculté de demander la séparation des patrimoines ne donnait pas lieu à une action isolée ; cette faculté se liait à l'ensemble des voies d'exécution forcée accordées aux créanciers contre leur débiteur, et ne pouvait être exercée que comme partie intégrante de ces voies d'exécution. A cet égard les preuves abondent : la place qu'occupe dans le Digeste le titre qui traite de la séparation des patrimoines, le texte précis de plusieurs fragments compris sous ce titre, la généralité de son objet, tout concourt à établir qu'il y avait en cette matière une condition préalable qui devait se trouver remplie (1) : l'existence de poursuites en expropriation dirigées contre le débiteur.

Le titre *De separationibus bonorum*, d'après l'ordre du Digeste, suit le titre *De rebus auctoritate judicis possidendis*, et précède celui *De curatore bonis dando* : en d'autres termes, la matière dont il traite devait rencontrer son application entre le premier décret du préteur, qui prononçait l'envoi des créanciers en possession des biens du débiteur, et le second décret du même magistrat, qui nommait un curateur à ces biens devenus ainsi le gage *judiciaire* des créanciers. L'exercice du droit de séparation s'interposait entre le dessaisissement du débiteur et la réalisation du prix au profit des créanciers. L'induction tirée de cette circonstance est pleinement justifiée par le texte même des divers fragments conservés sous la rubrique du titre *De separationibus bonorum*. Le fr. 1, § 1, destiné à fixer les cas où il y a lieu à la demande en séparation, s'exprime en termes non équivoques : « *Hæres non est solvendo; patitur bonorum venditionem.* » Voilà donc le milieu nécessaire pour l'exercice du droit de séparation : la vente forcée des biens du débiteur. Le fr. 3 n'est pas moins explicite; il commence ainsi l'exposé de l'espèce qu'il a pour objet de décider : « *Debitor fidejussori hæres exstitit, ejusque bona venierunt.* » Toujours l'expropriation du débiteur apparaît comme précédent indispensable de la demande en séparation. Enfin ce qui complète ces arguments, soit d'induction, soit de texte, c'est la généralité de l'objet auquel s'applique le titre tout entier. Dans ce titre, il ne s'agit pas seulement de la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier : il s'agit encore de tous les autres cas de séparation admis par le droit romain. C'est ainsi qu'on y rencontre des dispositions spéciales pour l'exercice de cette prérogative, soit au profit des créanciers du pécule castrense (fr. 1, § 9), soit au profit de l'héritier nécessaire (fr. 1, § 18), soit enfin au profit du patron (fr. 6, § 1). Le lien commun entre tous ces divers cas, c'est la circonstance dans laquelle ils se réalisent : l'événement d'une vente forcée. L'expropriation sera dirigée sans doute contre des personnes différentes, suivant les différents cas, ou contre l'héritier, ou contre le fils de famille, ou contre le défunt sur la tête de l'héritier nécessaire, ou enfin contre l'affranchi : mais toujours il y aura expropriation, et ce ne sera que sous la condition de l'existence de poursuites déjà formées dans cet objet ou à la charge de les former préalablement, que les divers ayants droit seront recevables à proposer la séparation à l'égard des biens expropriés.

Le droit romain n'avait donc pas de théorie

(1) Nous disons *qui devait se trouver remplie*, parce que son accomplissement pouvait émaner d'un créancier autre que le demandeur en séparation.

spéciale pour la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier : ce n'était là qu'une espèce, la plus fréquente à la vérité, comprise dans la théorie générale de la *séparation de biens*. L'ouverture d'une succession n'était que la cause occasionnelle du droit de séparation; la poursuite en expropriation formait la vraie base de tout ce système. Le débiteur une fois dessaisi, les diverses personnes qui jouissaient à un titre quelconque du droit de provoquer la division de ses biens en catégories distinctes, devaient présenter leur demande antérieurement à la vente, afin que le prix de ceux d'entre ces biens spécialement affectés à leur garantie, leur fût exclusivement attribué. Tels étaient les principes de la législation romaine en cette matière.

Le droit de séparation n'a commencé à exister avec ses caractères actuels, que sous l'empire de l'ancienne jurisprudence française. Appliqué exclusivement aux créanciers héréditaires, il devint alors ce qu'il est resté depuis : un mode d'action conféré à ces créanciers pour assurer le payement qui leur est dû. La circonstance de l'expropriation de l'héritier fut désormais inutile, et les créanciers de la succession purent former directement et sans aucun précédent leur demande en séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier.

C'était là un grand changement apporté au système du droit romain : toutefois les traces de ce droit restèrent longtemps empreintes dans la procédure à laquelle fut assujettie la demande en séparation. Il est constant que dans l'origine, des lettres de chancellerie furent nécessaires pour la produire en justice (1) : formalité corrélative à celle du decret que le préteur rendait à Rome pour accorder l'action. C'est, en effet, une circonstance assez remarquable, que, dans la plupart des cas où la législation romaine avait subordonné l'exercice d'un droit à un décret du préteur, l'ancienne jurisprudence française ait remplacé la décision de ce magistrat par une autorisation émanée du souverain, comme l'atteste surtout la théorie des actions rescisoires.

Quant à sa nature, la demande en séparation des patrimoines offrait, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, la plus grande analogie avec son état actuel. On peut même dire que, s'il y avait quelque différence, elle était due uniquement aux principes du régime hypothécaire de cette époque. Alors, aussi bien qu'aujourd'hui, le droit de séparation se réduisait à un droit *de suite* avec effet contre l'héritier seul : mais comme l'hypothèque existait indépendamment de toute inscription, les créanciers hypothécaires du défunt, investis du droit de suite dans toute sa plénitude, n'avaient nul intérêt à réclamer un droit de suite imparfait. Cette observation explique pourquoi, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, la séparation des patrimoines n'avait d'utilité réelle, dans l'hypothèse d'une hérédité exclusivement composée de biens susceptibles d'hypothèque, que pour les créanciers chirographaires du défunt ou ceux d'entre les hypothécaires dont les titres se trouvaient primés par des hypothèques générales que l'héritier aurait consenties sur tous ses biens présents et à venir. Quant aux légataires, leur position était celle de créanciers hypothécaires à la date du décès par suite de l'hypothèque qu'ils tenaient de la loi. Enfin les créanciers chirographaires eux-mêmes acquéraient une position semblable dans le ressort du parlement de Normandie, dont la jurisprudence les réputait hypothécaires du jour de son décès (2).

On voit, par tout ce qui précède, que la séparation des patrimoines était d'une utilité pratique assez restreinte dans l'ancienne jurisprudence, par suite du régime hypothécaire alors en vigueur. La loi du 11 brumaire an VII, qui sanctionna l'abrogation de ce système déjà prononcée par une loi antérieure (3), et substitua aux anciens principes ceux de publicité et de spécialité, rendit nécessairement le droit de séparation des patrimoines d'une application plus fréquente, mais sans modifier aucunement ce droit lui-même. L'hypothèque ne prenant rang désormais que par l'inscription, il devenait du plus haut intérêt pour les créanciers chirographaires ou hypothécaires non inscrits du défunt, de pouvoir se soustraire à l'effet des inscriptions antérieures prises par les créanciers de l'héritier. Le seul moyen d'atteindre ce but, était l'établissement au profit des premiers, d'un privilége sur les immeubles de la succession : or il ne paraît pas que la loi du 11 brumaire an VII ait eu l'intention de créer ce privilege. Il est bien vrai que l'article 14 de cette loi, destiné à fixer l'ordre de collocation des divers créanciers privilégiés ou hypothécaires, se termine par l'énonciation suivante : « le tout, sans » préjudice du droit qu'ont les créanciers des » personnes décédées et les légataires, de de- » mander la distinction et la séparation des

(1) Voyez *Le Prestre*, cent. 1re, chap. 76.

(2) *Voyez* Godefroy, sur l'art. 593 de la coutume de Normandie.

(3) Cette loi est celle du 9 messidor an III.

» patrimoines, conformément aux lois. » Mais cette disposition, attentivement examinée, ne tend nullement à conférer un privilége; l'article dont elle fait partie n'a pas pour objet de constituer des droits réels quelconques, mais seulement de fixer le rang respectif des droits déjà créés. Pour les caractères intrinsèques de la séparation des patrimoines, la loi du 11 brumaire an VII se réfère aux lois antérieures, c'est-à-dire aux principes de l'ancienne jurisprudence : si elle eût entendu faire autre chose que rappeler un droit préexistant, si elle eût voulu fonder un privilége proprement dit, elle n'aurait pas manqué de s'en expliquer dans les articles 11 et suivants, qui énumèrent les diverses causes de privilége; elle n'aurait pas manqué surtout ou de l'assujettir à la formalité de l'inscription suivant le système qu'elle tendait à généraliser le plus possible, ou de l'en affranchir expressément (1). Il reste donc établi que, dans l'esprit de la loi de l'an VII, le droit de séparation des patrimoines n'allait pas jusqu'à conférer aux créanciers du défunt un titre de préférence à l'égard des créanciers de l'héritier déjà inscrits au moment de la demande. Si elle a mentionné ce droit dans l'article destiné à régler l'ordre de collocation, c'est que cet ordre pouvait se trouver interverti par l'exercice du même droit : les créanciers hypothécaires de l'héritier, qui régulièrement devaient être colloqués suivant leur rang d'inscription, étaient exposés, si la demande avait été formée avant la date des inscriptions, à se voir primés, soit par des créanciers hypothécaires du défunt postérieurement inscrits, soit même par ses créanciers chirographaires.

Le Code civil a évité l'omission que présentait la loi du 11 brumaire an VII : il a complété le droit de séparation par un privilége qui en assure l'exercice contre tous créanciers de l'héritier même antérieurement inscrits. Avant de préciser les caractères de ce changement, il importe d'examiner dans son ensemble le système suivi par le législateur moderne.

D'après le Code civil, la séparation des patrimoines est plutôt un moyen de garantie qu'une voie d'exécution forcée; les créanciers du défunt qui exercent ce droit n'ont pas besoin de poursuivre l'expropriation de l'héritier; ils n'ont même pas besoin de réclamer directement le payement de leurs créances. En obtenant la séparation des patrimoines, c'est une sorte de fin de non-recevoir qu'ils acquièrent d'avance contre toutes les demandes dirigées par les créanciers de l'héritier sur les biens de la succession.

Ainsi, tant qu'il n'y aurait pas eu vente de ces biens à la poursuite des créanciers personnels de l'héritier, les créanciers de la succession devraient se trouver en temps utile pour former leur demande en séparation de patrimoines. Mais comme cette demande suppose la possibilité effective de la séparation, la loi a présumé qu'après un certain délai, les biens meubles de la succession seraient tellement confondus avec ceux de l'héritier, qu'ils cesseraient d'être reconnaissables, et conséquemment elle a limité à trois ans la durée de l'action en séparation des patrimoines quant aux meubles. D'un autre côté, la garantie offerte aux créanciers héréditaires ne devait pas avoir pour résultat d'amortir la propriété des biens de la succession sur la tête de l'héritier : cette propriété, librement disponible dans ses mains, reste dans celles du tiers-détenteur à l'abri de l'action des créanciers du défunt. Aussi la loi déclare-t-

(1) Nous n'ignorons pas qu'il a été jugé par plusieurs arrêts, et notamment par un arrêt de cassation du 17 octobre 1809, que, sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, dans le cas de la vente des biens du défunt, les créanciers personnels de l'héritier ne pouvaient être colloqués dans l'ordre par préférence aux créanciers de la succession, sous le prétexte de l'antériorité de leurs inscriptions. Mais cette jurisprudence nous paraît erronée : la cour de cassation a fait une étrange confusion entre le droit de demander la séparation et le privilége qui assure l'exercice de ce droit, même contre les créanciers antérieurement inscrits. Nous comprenons parfaitement que, dans le système fondé par la loi du 11 brumaire, l'inscription ne fût pas nécessaire pour conserver la faculté de demander la séparation des patrimoines; mais nous croyons qu'il est contraire à l'esprit et au texte de cette loi, de supposer qu'elle a voulu accorder aux créanciers de la succession qui demanderaient la séparation, un droit de préférence contre les créanciers de l'héritier déjà inscrits au moment de la demande. C'est cependant un tel droit qui seul constituerait un privilége véritable. Pour être exacte, la décision de la cour de cassation devrait donc ne s'appliquer qu'aux créanciers de l'héritier inscrits depuis la demande en séparation, cette demande ayant incontestablement pour effet d'assurer au créancier demandeur, soit chirographaire, soit hypothécaire non inscrit, sa collocation par préférence à toutes les inscriptions prises postérieurement par les créanciers de l'héritier, bien que ces inscriptions puissent être antérieures en date à celles qu'il viendrait lui-même à requérir. Mais, dans l'espèce de l'arrêt cité, la cour de cassation avait à statuer à l'égard des créanciers de l'héritier inscrits avant la demande en séparation, et c'est par sa décision étendue à ce cas, qu'elle nous paraît avoir faussement interprété l'article 14 de la loi du 11 brumaire an VII.

elle leur droit éteint quant aux immeubles, par le fait seul du changement de propriétaire. Telles sont les deux conditions de temps que subit la séparation des patrimoines : en deçà de ces deux délais, les ayants droit conservent la faculté de différer indéfiniment leur demande.

Cette faculté, quant à sa durée, n'est assujettie à aucune autre déchéance : tant que les délais prescrits par l'article 880 du Code civil ne sont point expirés, les créanciers du défunt n'ont nullement à redouter la prescription. Mais s'ils veulent prévenir la fin de non-recevoir qui pourrait leur être opposée par une certaine classe de créanciers de l'héritier et à l'égard d'une certaine nature de biens, ils doivent user du moyen conservatoire que la loi leur indique. Ce moyen n'est autre que l'inscription hypothécaire, dans les six mois de l'ouverture, sur tous les immeubles de la succession : l'effet produit est un droit de préférence, en vertu duquel l'inscription ainsi requise dans le délai légal, prime toute inscription même antérieure sur les biens héréditaires prise à la requête des créanciers de l'héritier.

On a beaucoup critiqué la dénomination de *privilége* que ce droit de préférence a reçue dans le Code civil, et l'on s'est plu à rappeler la réserve avec laquelle s'exprimait la loi du 11 brumaire an VII. Mais un examen attentif suffit pour établir que le droit admis par le Code civil constitue un véritable privilége, et nous avons déjà prouvé que si la loi de l'an VII a employé une autre qualification, c'est qu'elle statuait dans un ordre d'idées tout différent.

Les priviléges se reconnaissent par les deux caractères suivants : la qualité seule de la créance, pour base du droit de préférence; la *priorité* de droit, malgré la *postériorité* de date. Ces deux caractères s'appliquent parfaitement à la cause de préférence définie par l'article 2111 du Code civil. Le titre en vertu duquel les créanciers héréditaires obtiennent la priorité sur les biens de la succession, est cette qualité même de créanciers héréditaires. Lorsqu'ils ont rempli les formalités que la loi leur impose pour conserver l'utilité de leur droit, ils l'exercent dans une complète indépendance du rang d'inscription des créanciers de l'héritier : ce rang n'a d'effet qu'entre ces derniers. Le privilége de séparation des patrimoines réunit donc les éléments constitutifs de tout privilége : le caractère qui lui est propre, mais qui ne touche nullement à son essence, c'est qu'il est *collectif* au lieu d'être *individuel*, se trouvant établi au profit d'une classe entière de créanciers contre une autre classe de créanciers. On oppose vainement qu'un privilége ne se conçoit qu'entre les créanciers d'un débiteur commun, et que le droit dont il s'agit tend précisément à séparer le gage des créanciers héréditaires de celui des créanciers de l'héritier. Cette objection ne repose que sur un abus de termes. Par l'effet de l'adition d'hérédité, tous les créanciers du défunt sont devenus créanciers personnels de l'héritier : c'est là un fait préexistant, conséquence inévitable des principes posés par les articles 724 et 873, qui domine tous les modes particuliers admis par la loi pour l'exercice des droits respectifs. Les créanciers, soit de la succession, soit de l'héritier, peuvent bien jouir entre eux de causes d'antériorité individuelles ou collectives; mais aucune de ces circonstances n'est capable de détruire la communauté de débiteur que l'acceptation de la succession a irrévocablement créée; toute cause de préférence, quel que soit le nombre des créanciers appelés à en profiter, ne peut être, qu'un privilége proprement dit. Cette décision paraît surtout incontestable sous l'empire de la législation actuelle, qui, à la différence du droit romain, admet le recours des créanciers héréditaires sur lesquels les biens de la succession ont manqué, contre les biens personnels de l'héritier, quoique les créanciers de ce dernier ne soient pas complétement désintéressés. L'admission de ce recours est une preuve invincible de la perpétuité d'obligation, dans la personne de l'héritier, envers les créanciers héréditaires, nonobstant l'exercice du droit de séparation des patrimoines.

La prérogative créée par l'article 2111 du Code civil est donc un privilége : la loi de l'an VII n'employait pas ce terme, parce qu'elle ignorait la chose. Le droit reconnu par cette loi suffisait sans doute pour donner à ceux qui en étaient investis un titre de préférence contre les créanciers chirographaires ou hypothécaires non inscrits; mais nous croyons avoir démontré que les effets de ce droit n'atteignaient point les créances inscrites, ou en d'autres termes, qu'il ne constituait pas un privilége.

Dans le système introduit par le Code civil, le privilége de séparation des patrimoines est parfaitement distinct du droit de demander cette séparation : l'article 2111 ne déroge nullement à l'article 880. Le délai fixé par le premier de ces articles a pour objet l'accomplissement d'une formalité nécessaire dans certains cas pour l'admission de la demande autorisée par l'article 880; mais cette demande elle-même ne reste subordonnée à d'autres délais que ceux établis par le texte qui l'autorise. Ainsi, lors même que pour être reçus à demander la séparation des patrimoines, les

créanciers héréditaires auront dû prendre inscription dans les six mois de l'ouverture sur les biens de la succession, leur action, une fois sauvegardée, durera pendant tout le temps accordé d'une manière générale pour son exercice.

La nécessité de l'inscription, comme condition préalable de la demande en séparation des patrimoines, n'a lieu que dans le concours des deux circonstances suivantes : il faut que la demande s'applique à des immeubles et que ces immeubles se trouvent frappés d'inscriptions hypothécaires prises à la requête des créanciers défendeurs. Si le patrimoine du défunt est exclusivement composé de biens meubles, il est évident que la demande dans le délai utile sera recevable contre tout créancier même hypothécaire, les biens à séparer n'étant pas susceptibles d'hypothèque. Il y a plus : quoique le patrimoine du défunt comprît des immeubles, le défendeur à la demande en séparation, qui aurait une hypothèque non encore réalisée par l'inscription, serait mal fondé à opposer le défaut d'inscription du privilége dans le délai prescrit (1) ; car il dépendra toujours du créancier héréditaire d'écarter d'avance cette fin de non-recevoir, en prenant inscription conformément à l'article 2113 avant de porter sa demande en justice; ce qui lui assurera la préférence sur toutes les créances non encore inscrites. L'exception tirée du défaut de conservation de privilége ne profite, d'ailleurs, qu'aux droits qu'elle tend à protéger; d'où il suit que dans tous les cas la demande en séparation sera recevable entre les créanciers chirographaires, et que son rejet, s'il a lieu, à l'égard des créanciers hypothécaires, n'aura d'effet que relativement aux immeubles qu'ils auront frappés d'inscription. Les immeubles par eux laissés libres, et tous les meubles de la succession, n'en deviendront pas moins, au moyen de la demande formée en temps utile, le gage exclusif des demandeurs.

Le droit de demander la séparation des patrimoines et le privilége qui en garantit l'exercice, étant fondés sur le même principe, doivent naturellement se trouver réunis sur les mêmes têtes. Nul doute n'est élevé à cet égard, et quoique les articles 878 et suivants ne confèrent explicitement le droit de demander la séparation qu'aux créanciers du défunt, tandis que l'article 2111, constitutif du privilége, comprend dans sa disposition les créanciers et les légataires, il est universellement reconnu que la demande en séparation appartient également aux uns et aux autres. Ceci est d'autant mieux fondé que l'expression de créanciers, dans le sens le plus général, renferme aussi les légataires, qui sont en quelque sorte créanciers *subsidiaires* (2) de la succession et ont droit aux mêmes garanties sur les biens héréditaires après le désintéressement des créanciers proprement dits.

La difficulté n'est donc point dans l'application, aux légataires, des articles 878 et suivants. Mais ce qui peut donner lieu à des doutes sérieux, c'est le rapprochement des articles 1017 et 2111, c'est la question de savoir si l'hypothèque légale, conférée aux légataires à titre particulier par le premier de ces articles, ne se confond pas avec le privilége de séparation des patrimoines que leur accorde le second, et n'est pas soumise pour sa conservation aux formalités et aux délais prescrits pour le privilége? Et d'abord il faut reconnaître que le silence absolu gardé par le législateur dans le titre des hypothèques à l'égard du droit hypothécaire établi dans l'article 1017, élève une sorte de préjugé contre toute possibilité de distinction entre ce droit et celui dont l'article 2111 détermine le mode de conservation. Néanmoins, un examen plus attentif de chacun de ces deux droits amène à établir entre eux des différences caractéristiques. Ces différences, au surplus, ne portent pas sur les personnes au profit desquelles ces droits existent : le privilége de séparation des patrimoines, aussi bien que l'hypothèque légale, est exclusivement attribué aux légataires à titre particulier. Ceux à titre universel n'ont nul besoin de cette prérogative; la demande en délivrance, que leur impose l'article 1011, n'est en réalité qu'une demande en partage; ils se trouvent placés conséquemment sous la protection de l'article 883, en vertu duquel chaque copartageant est censé avoir eu dès l'ouverture de la succession, la propriété exclusive des effets que l'événement du partage fait tomber dans ses mains. Ces effets arrivent donc aux légataires francs et quittes de toutes charges créées par l'héritier pendant

(1) Cette proposition est également vraie, soit que le demandeur ait usé de la faculté que lui confère l'art. 2113, soit qu'il l'ait négligée; seulement, dans ce dernier cas, le défendeur n'aura qu'à requérir inscription avant le demandeur, pour infirmer la demande à son égard.

(2) Il est inutile d'observer que le terme de *subsidiaire* n'est ici employé que par corrélation aux biens héréditaires : à l'égard de l'héritier, les légataires sont incontestablement créanciers *principaux*, puisque, par le fait de l'acceptation pure et simple, cet héritier est obligé à payer la totalité des dettes, et charges de la succession.

la propriété indivise : ils n'ont point intérêt à réclamer la séparation, puisque les créanciers personnels de l'héritier ne peuvent atteindre les biens héréditaires dont se compose leur part.

Il résulte de ces observations, que les différences entre le privilége de séparation des patrimoines et l'hypothèque légale conférée par l'article 1017, doivent être cherchées dans le fond même du droit qui en est la conséquence. Sous ce rapport, la distinction est facile : l'hypothèque de l'article 1017 est moins étendue que le privilége de l'article 2111, en ce sens que les immeubles qu'elle frappe peuvent être utilement atteints par des inscriptions antérieures prises à la requête des créanciers personnels de l'héritier; elle est plus étendue, en ce sens qu'elle confère le *droit de suite* sur l'immeuble entre les mains des tiers détenteurs, tandis que le privilége confère seulement le *droit de préférence* à l'égard des créanciers personnels de l'héritier dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix (1). Ces deux droits offrent donc un intérêt distinct pour le légataire : par l'hypothèque il s'assure une garantie du payement de son legs sur les biens de la succession, en quelques mains qu'ils passent; par le privilége, il rend inutiles à son égard les inscriptions prises sur les mêmes biens par les créanciers de l'héritier. La différence dans la nature du droit amène nécessairement celle dans son mode de conservation : le légataire qui voudra seulement acquérir une garantie hypothécaire, jouira, pour prendre inscription, des délais accordés à tout créancier hypothécaire, et conséquemment se trouvera en temps utile tant que l'immeuble n'aura pas été aliéné et même durant la quinzaine après la transcription, sauf les droits acquis à des tiers en vertu d'inscriptions antérieures. Le légataire qui voudra primer ces inscriptions antérieures, lorsqu'elles auront été prises par des créanciers de l'héritier, sera tenu de s'inscrire dans les six mois depuis l'ouverture de la succession : il devra en outre, pour donner effet à son droit de préférence ainsi garanti, former sa demande en séparation des patrimoines avant la sortie des immeubles des mains de l'héritier.

L'hypothèque légale dont jouit le légataire ne suffirait donc pour garantir complétement ses droits, que si elle existait indépendamment de toute inscription dès le décès du testateur : alors, en effet, les biens héréditaires se trouvant affectés à l'acquittement du legs dès l'instant où il est dû, nul titre de préférence ne serait possible au profit des créanciers de l'héritier, puisque ces biens ne tomberaient sous leur action que déjà grevés de la garantie du légataire. Mais comme, d'après le nouveau système hypothécaire, la date du droit est fixée par celle de l'inscription, il est évident que le légataire n'obtient pas cette garantie absolue par l'effet de l'hypothèque seule, et c'est ce qui explique l'utilité à son égard du concours de l'hypothèque et du privilége.

Il est de principe que le privilége de séparation des patrimoines ne produit d'effet, qu'autant que l'inscription est précédée ou suivie d'une demande en justice tendant à obtenir la séparation. Toutefois, si cette séparation a lieu de plein droit, évidemment toute demande devient superflue. Ainsi, dans le cas de l'hérédité sous bénéfice d'inventaire, le patrimoine du défunt demeurant distinct de celui de l'héritier, les créanciers héréditaires n'ont nul besoin de faire prononcer par les tribunaux ce que la loi prononce ellemême. Mais remarquons que là se bornent, en cette matière, les conséquences du bénéfice d'inventaire : le privilége reste toujours soumis, pour sa conservation, au mode prescrit par l'article 2111 ; le seul avantage que les créanciers du défunt retirent de l'acceptation bénéficiaire par l'héritier, c'est que l'inscription suffit pour garantir leur privilége sans le secours d'aucune demande en justice.

En résumé :

La séparation des patrimoines présentait, dans le droit romain, tous les caractères d'une mesure d'exécution forcée contre les biens du débiteur, et était subordonnée dans son exercice à l'expropriation préalable de ce débiteur.

Dans l'ancienne jurisprudence française, elle ne fut plus qu'un moyen accordé aux créanciers héréditaires pour se soustraire aux effets de la confusion opérée par l'acceptation pure et simple, et elle devint une demande principale indépendante de l'expropriation de l'héritier.

La loi du 11 brumaire an VII n'introduisit aucun changement en cette matière : il ne paraît pas que cette loi ait voulu garantir par un privilége le droit de demander la sépara-

(1) En d'autres termes, le but du privilége n'est pas de rendre hypothécaires les créanciers du défunt qui n'ont point cette qualité, mais seulement d'empêcher les créanciers de l'héritier d'acquérir hypothèque au préjudice des premiers sur les biens de la succession.

tion des patrimoines contre les créanciers de l'héritier antérieurement inscrits sur les immeubles héréditaires.

Les rédacteurs du Code civil acceptèrent les précédents de l'ancienne jurisprudence; mais en complétant par la création d'un privilége le droit qu'ils trouvaient établi, et en modifiant l'exercice de ce droit d'après les principes du nouveau régime hypothécaire.

Voici, en peu de mots, les résultats généraux du système fondé par le Code civil :

Le droit de demander la séparation des patrimoines est distinct du privilége conféré par l'article 2111.

La demande est toujours recevable, dans les délais prescrits par l'article 880, contre tout créancier chirographaire ou même hypothécaire non inscrit.

Elle n'est pas assujettie à d'autres délais à l'égard des créanciers hypothécaires inscrits; mais pour qu'elle soit recevable dans ce cas, il faut que la formalité de l'inscription ait été remplie dans le délai utile.

L'hypothèque légale accordée aux légataires par l'article 1017, ne fait pas double emploi avec le privilége dont ils sont investis pour la séparation des patrimoines : ce privilége leur profite de la même manière qu'aux créanciers hypothécaires du défunt non encore inscrits au moment du décès.

Enfin, le bénéfice d'inventaire dispense de la demande en séparation des patrimoines; mais non de l'inscription prescrite pour la conservation du privilége.

(*Revue de Législation.*)

XXXV.

Organisation Judiciaire.

DE LA NÉCESSITÉ POUR LES JUGES DE RÉSOUDRE LES QUESTIONS DE FAIT AVANT DE PASSER AUX QUESTIONS DE DROIT.

CRITIQUE PAR M. BOITARD, PROFESSEUR SUPPLÉANT A PARIS, DE L'OPINION DE M. BONCENNE.

La nouvelle loi de procédure de Genève, en repoussant comme la nôtre l'introduction des jurés en matière civile, défend cependant aux juges de passer aux questions de droit, avant d'avoir résolu, par autant de votes séparés, chacune des questions de fait (article 104).

A l'appui de cette disposition, M. Bellot, dans l'exposé des motifs de cette loi, présente des arguments analogues à ceux qu'invoquaient, dans la constituante, les partisans du jury, mais qui ont pris sous sa plume plus de précision et de force. M. Toullier en avait déjà présenté l'analyse (1) : M. Boncenne les a reproduits pour les combattre (2) : je regrette de les affaiblir en les resserrant.

Si, au lieu de décomposer la cause en ses éléments, les juges veulent l'envisager et la décider en masse, s'ils ne voient dans tout procès qu'une question, *la demande est-elle*

(1) *Droit civil franç.*, tom. X, p. 205.

(2) Bonc., tom. II, p. 402.

fondée? il arrivera souvent que l'apparente unanimité de leurs votes cachera une divergence sérieuse, et pourra même consacrer l'opinion de la minorité.

La nullité d'un testament est demandée. L'héritier allègue, 1° le défaut de signature du testateur; 2° la qualité d'étranger dans l'un des témoins; 3° l'incapacité prétendue du testateur, soumis à l'assistance d'un conseil judiciaire.

Deux questions de fait, une question de droit; le procès est porté à un tribunal de trois juges.

Le premier juge admet l'affirmative sur la première question; le second, sur la deuxième; le troisième, sur la dernière; chacun soutenant d'ailleurs la négative des deux autres.

Soumettez successivement à leurs votes chacun des moyens du demandeur, chaque solution sera négative : la demande en nullité sera repoussée.

Posez-leur, au contraire, la question complexe, *le testament est-il nul?* Le tribunal sera unanime sur l'affirmative.

Où chercher, entre ces solutions opposées, l'expression exacte de l'opinion des juges, ou du moins de la majorité?

Dans la première, dit M. Bellot : dans la seconde, dit, en le combattant, M. Boncenne.

Je puis dire, dès ce moment, que les raisons de M. Bellot m'ont convaincu; mais mes opinions de critique importent peu : je laisse de côté le fond, pour m'occuper des moyens opposés par M. Boncenne.

L'erreur de M. Bellot consiste, dit-il, à confondre les *moyens* de l'action, avec les *chefs* de conclusions. Opiner par moyens, ce n'est pas juger, c'est discuter des motifs. Divisés sur les *moyens* ou *motifs*, les juges se sont réunis, en jugeant, dans la même opinion finale... L'avis de la majorité, l'avis qui doit prévaloir, c'est donc, dans l'hypothèse précédente, la *nullité du testament*.

Puis, M. Boncenne ajoute que, tous les jugements devant être motivés, il a bien fallu que la pluralité se soit accordée sur le choix des motifs, si, en définitive, le testament a été annulé. Cette observation, dit-il, rend presque imperceptible l'intérêt de la question agitée.

J'ajouterai qu'elle rend inintelligibles pour moi les raisonnements qui la précèdent. Quoi! soumettre au tribunal une question complexe, le faire voter en masse sur l'ensemble de la cause, est la seule voie rationnelle, la seule logique, et le résultat d'un tel vote, c'est l'impossibilité de le motiver!

La vraie pensée des juges, celle qui, dans l'hypothèse précédente, réunit, non pas la majorité, mais l'unanimité des suffrages, c'est la nullité du testament!

Et quand cette conviction du tribunal va se formuler en jugement, quand, d'accord sur ce qu'ils veulent, sans savoir pourquoi ils veulent, il faudra obéir à la loi de 1790, tit. V, art. 15; — L. 20 avr. 1810, art. 7; art. 141, C. proc., l'obligation de motiver la sentence va faire éclater autant d'opinions que le tribunal compte de juges! et si chacun d'eux s'oppose, comme c'est son droit et son devoir, à l'insertion d'un motif que sa conscience et sa raison repoussent, qu'on me dise de grâce, comment finira ce débat, et que deviendra, dans ce conflit, l'imposante unanimité de leur premier vote?

De deux choses l'une, ou le tribunal qui aura ainsi voté d'ensemble, sur la foi de M. Boncenne, ne verra dans la nécessité de motiver sa sentence qu'une insignifiante formalité, dont il abandonnera l'accomplissement à l'un de ses membres; et si c'est, par exemple, le premier de nos trois juges, le jugement tout entier pourra se traduire ainsi :

« Attendu que, sur trois votants, deux ont pensé que la signature, mise au bas du testament, est bien celle du testateur, le tribunal, à l'unanimité, déclare le testament nul. »

Et ainsi des autres. — C'est bien là, selon l'expression de Montesquieu, *juger à la mineure*.

Ou, faisant des motifs une partie essentielle de la sentence, le tribunal essayera de les soumettre au vote, et ne trouvant qu'une voix pour chacun, sera forcément ramené à rejeter la demande, à valider le testament.

La doctrine de M. Boncenne, sur cette importante question, me paraît donc erronée au fond, et inconséquente en la forme.

Inconséquente : puisque notre auteur, partisan du vote complexe, et de la confusion de toutes les questions de la cause, reconnaît lui-même que la nécessité de motiver, scrupuleusement accomplie, ramènera le tribunal et l'affaire à cette division qu'il attaque, comme source de jugements mensongers.

Erronée au fond : en ce qu'elle mêle sans cesse deux idées bien distinctes, les *causes* diverses de la demande, et les *moyens* proprement dits, invoqués pour établir la validité de ces causes. Dans l'exemple de M. Bellot, trois *causes* de nullité séparées sont invoquées par le demandeur : il eût pu faire de chacune, à son gré, l'objet d'un procès, d'un débat et d'un jugement distincts; la demande en nullité, rejetée sur le premier motif, eût pu être reproduite et triompher sur le second (1351 Cod. civ.). N'est-il pas naturel, inévitable, que la réunion de trois *causes* distinctes en un débat unique laisse cepen-

dant subsister, au moment du jugement, la nécessité de trois votes, de trois examens successifs?

Le mode adopté à Genève est à la fois plus logique et plus sûr; il prévient ces fluctuations et ces retours; il empêche absolument ces décisions de surprise contre lesquelles l'obligation même de motiver la sentence ne serait, en pratique, qu'un remède fort imparfait.

(*Revue de Législation.*)

XXXVI.

Droit Civil.

Quels sont les intérêts pour lesquels le créancier hypothécaire a droit d'être colloqué au même rang que pour le capital qui les produit?

PAR M. BLONDEAU, DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

La première pensée du législateur appelé à statuer sur cette question hypothécaire, doit être de considérer tous les intérêts d'un capital comme des accessoires qui méritent la même faveur que le principal auquel ils se rattachent; suivant cette maxime, *L'accessoire suit le sort du principal* (1). Mais il ne faut qu'un peu de réflexion pour s'apercevoir que l'application de cette maxime au droit de préférence entre créanciers aurait les plus graves inconvénients : d'abord elle favoriserait les fraudes : le débiteur pourrait, soit pour satisfaire un sentiment de haine, soit pour obtenir encore quelque crédit sur un gage épuisé, s'entendre avec l'un ou avec plusieurs des créanciers qui occupent le meilleur rang hypothécaire, et par la suppression de ses quittances, ressusciter, au préjudice des créanciers postérieurs, de nombreux arrérages payés (2); ne supposât-on aucune

(1) Cette maxime, quoiqu'on puisse l'appuyer sur plusieurs passages des jurisconsultes romains, n'est pas, à proprement parler, une règle du droit romain. Du reste, la question de savoir si les intérêts viennent au même rang d'hypothèque que le capital est formellement posée et résolue affirmativement dans la L. 18, *qui pot. in pign.*; mais nous ferons remarquer que ce texte appartient à une époque où aucune publicité n'était exigée pour la constitution de l'hypothèque.

(2) Je sais bien que la prescription quinquennale, quoique établie dans un autre but, offrirait quelque atténuation à cet inconvénient, puisqu'elle peut être invoquée par les créanciers lorsque leur débiteur ne l'invoque pas; mais ce remède n'est pas suffisant : lorsqu'il ne s'agit que de l'intérêt du débiteur même, on peut permettre à un créancier de laisser accumuler jusqu'à cinq années d'arrérages : la patience de ce créancier a peut-être pour cause la pitié plutôt qu'un odieux calcul; mais, lorsqu'il s'agit d'autres créanciers qui ont dû croire que les choses se passeraient comme elles se passent ordinairement, c'est-à-dire que chaque créancier se ferait payer régulièrement ses arrérages, il ne faut pas autoriser une inaction qui serait ordinairement l'effet de la négligence, et qui pourrait quelquefois couvrir une manœuvre frauduleuse.

fraude, ce n'est qu'au mépris de tous les principes relatifs au respect des attentes et à la distribution des pertes qu'on donnerait à des créanciers négligents et qui ont à s'imputer de n'avoir pas fait ce qu'un bon père de famille n'eût pas manqué de faire, la préférence sur des créanciers qui ont conçu une attente que tout homme raisonnable eût conçue comme eux ; enfin, indépendamment du mal auquel (soit qu'il y ait dol ou simplement négligence) l'application de la maxime ci-dessus énoncée exposerait les créanciers qui ne sont pas au premier rang d'hypothèque, elle produirait pour le débiteur lui-même, c'est-à-dire pour tout propriétaire de biens susceptibles d'hypothèque, une diminution considérable des ressources que présente la faculté d'hypothéquer : qu'on laisse au créancier hypothécaire le droit d'attendre sans courir aucun risque le payement de ses intérêts pendant cinq, pendant trente années, cela n'empêchera peut-être pas le débiteur de rencontrer un créancier rigoureux qui le poursuivra dès la première année, mais à coup sûr cela empêchera l'immeuble hypothéqué de valoir aux yeux de nouveaux prêteurs ce qu'il vaudrait sans la crainte de cette accumulation d'intérêts !

Les rédacteurs du Code civil, et avant eux les auteurs de la loi de brumaire, à qui du reste plusieurs coutumes, et notamment celle de Namur, offrait déjà à cet égard des exemples à suivre, ont, en conséquence, resserré dans des limites assez étroites les arrérages auxquels peut s'étendre le rang hypothécaire appartenant au capital qui les produit.

L'article 2151 du Code civil est ainsi conçu :

« Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages, a droit d'être colloqué pour deux années seulement, et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital ; sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription. »

La loi du 11 brumaire contenait la disposition suivante :

« Le créancier inscrit pour un capital produisant des intérêts, a droit de venir, pour deux années d'arrérages, au même rang d'hypothèques que pour son capital. »

La coutume de Namur en déclarant (article 17) que trois canons de rente seraient *réels*, entendait évidemment par là qu'ils jouiraient vis-à-vis des créanciers postérieurs en hypothèque, des mêmes avantages que le capital (1).

Dans toutes ces dispositions, c'est évidemment une prescription qu'on établit, contre le créancier antérieur en hypothèque, et en faveur du créancier postérieur, pour le cas où le gage serait insuffisant. Cette prescription a, au moins en partie, pour base la présomption qu'un bon père de famille n'aurait point attendu plus de deux échéances (ou trois sous l'empire de la coutume) pour réclamer, par une *demande réelle* (2), les arrérages ou intérêts de sa créance ; il est donc évident que c'est en raison de l'éloignement ou de la proximité qui existe entre l'époque de l'échéance des intérêts ou arrérages et celle de la réclamation qui en est faite *réellement*, que les uns sont prescrits vis-à-vis des créanciers, tandis que les autres jouissent du privilége de venir au même rang que le capital (3).

Mais que doit-on considérer comme réclamation ayant les caractères nécessaires pour interrompre la prescription dont il s'agit ?

Sous l'empire du Code civil comme sous celui de la loi de brumaire, l'application du gage immobilier (je veux dire de l'immeuble hypothéqué) à l'acquittement des dettes hypothécaires, n'a lieu qu'au moyen d'une série d'actes (savoir : la *saisie*, sa *notification* et sa *transcription*, l'*adjudication*, l'*ouver-*

---

(1) Cet article est ainsi conçu :

« L'on ne pourra faire plainte et faute, à cause de rente non payée, pour plus que les trois dernières années échues, et non pour les précédentes, pour lesquelles il y aura toutefois action personnelle à la charge des défructuateurs ou de leurs héritiers, à concurrence des fruits par eux perçus. »

(2) Nous n'employons pas ici les mots *réelle* et *réellement* dans leur sens rigoureux ; nous voulons seulement faire entendre par ces mots qu'il s'agit de poursuites ou réclamations s'adressant non pas simplement au débiteur, mais à toute personne intéressée et particulièrement aux autres créanciers hypothécaires. V. ci-après page 232.

(3) On ne conçoit pas comment quelques jurisconsultes ont pu croire que la prescription atteignait les intérêts récemment échus pour laisser le bénéfice de la maxime : *L'accessoire suit le sort du principal*, aux intérêts dont l'échéance est le plus reculée. Nous faisons allusion à un arrêt rendu par la cour de Riom le 16 décembre 1813, et cassé le 27 mai 1816. (V. *Recueil des questions de droit* de M. Merlin, tom. VI de la deuxième édition, page 442.)

Sous l'empire de la Coutume de Namur, personne n'aurait pu concevoir une opinion si bizarre, puisque cette Coutume dit expressément : *les trois dernières années échues*.

ture de l'ordre, la *demande en collocation*, et la *clôture du procès-verbal d'ordre*), parmi lesquels on peut être embarrassé de reconnaître celui qui doit conduire à la distinction des arrérages ou intérêts pour lesquels on ne pourra pas invoquer le bénéfice de la maxime ci-dessus, et de ceux qui jouiront au contraire du même rang d'hypothèque que le capital qui les a produits (1).

Quelques jurisconsultes ont pensé que c'était la *clôture de l'ordre*, d'autres que c'était l'*adjudication*, d'autres enfin que c'était seulement au moins pour les créanciers autres que le saisissant (2), la *demande en collocation*, soit expresse, soit tacite (3).

Cette dernière opinion est celle que nous croyons devoir adopter.

Comme le Code de procédure est venu offrir sur ce point de droit d'importants documents, nous nous placerons d'abord sous l'empire de ce Code; nous chercherons ensuite à établir que ses articles 757, 767 et 770 ne sont qu'une sage interprétation de l'article 2151 du Code civil; et enfin nous examinerons si l'art. 19 de la loi de brumaire, qui ne parle pas de l'année courante, peut recevoir, quant aux *deux années échues*, la même interprétation que les rédacteurs du Code de procédure ont donnée à l'art. 2151 du Code civil.

§ 1er. Dans la prescription établie par l'article 2151 comme dans les prescriptions ordinaires, on reproche à celui qui veut maintenant exercer son droit, l'intervalle qui s'est écoulé entre l'époque où ce droit pouvait être exercé et l'époque de la réclamation; cette dernière époque est le point où il faut se placer pour poser, dans le passé, la limite au delà de laquelle se trouvent les droits frappés de prescription, tandis qu'en deçà de cette limite se trouvent les droits auxquels ce moyen ne peut être opposé.

Il est évident qu'on ne peut considérer comme réclamation, quant à la prescription résultant de l'art. 2151, qu'un acte arrivant à la connaissance de ceux qui peuvent avoir intérêt à invoquer cette prescription. Ce n'est donc pas une demande *personnelle* contre le débiteur, ce ne serait pas même une saisie de son mobilier ou une saisie arrêt; mais c'est, du moins pour la plupart des créanciers hypothécaires (4), la *demande en collocation*. Jusqu'à cette demande, les créanciers qui n'ont pas le premier rang d'hypothèque sont toujours autorisés à croire qu'il n'est dû à ceux qui les priment que deux années d'intérêts ou trois années tout au plus. En vertu de l'article 2151, la marche du temps fait tomber les arrérages sous le coup de la prescription au fur et à mesure qu'un intervalle de deux ans s'est écoulé sans que cette demande ait lieu.

Avant de compléter la justification de notre opinion par la discussion des opinions opposées, nous croyons devoir examiner quel sera, dans notre système, le sort des intérêts échus depuis la demande en collocation; attendu que l'une des opinions que nous avons à combattre tient à un système qui est en opposition non-seulement avec ce que nous venons de décider quant aux intérêts antérieurs à la demande, mais aussi avec ce que nous allons établir à l'égard des intérêts postérieurs.

L'art. 2151 du Code civil nous paraît renfermer la solution de cette question.

Et d'abord faisons remarquer que, quant aux intérêts qui ont couru depuis la dernière échéance jusqu'au jour de la demande, il est impossible de ne pas reconnaître qu'ils sont compris dans ces mots de l'art. 2151 : *et pour l'année courante* (5)?

Cela posé, peut-on croire à l'égard du complément de cette année, c'est-à-dire du temps qui s'est écoulé entre la demande en collocation et le jour de la première échéance postérieure à cette demande, que le législateur n'ait pas voulu soumettre cette portion de la

(1) La Coutume de Namur ne connaissant ni *adjudication* ni *procédure d'ordre*, les mêmes difficultés ne pouvaient se présenter sous son empire.

(2) Voyons ce que nous dirons ci-après du saisissant.

(3) En vertu de l'art. 32 de la loi de brumaire, le dépôt de l'état des inscriptions valait *production* et sans doute *demande en collocation* : ce dépôt et l'ouverture de l'ordre étaient deux faits simultanés. C'est probablement sous l'influence des souvenirs de cette législation que M. Tarrible, en traitant cependant notre question d'intérêts d'après les dispositions des Codes civil et de procédure, a confondu la *demande en collocation* avec *l'ouverture de l'ordre*.

(4) Nous disons, *du moins pour la plupart des créanciers hypothécaires*, car le créancier saisissant pourrait prétendre que la *notification de la saisie* a fait connaître ses prétentions à tous les créanciers inscrits, et que la *transcription* de cette même saisie vaut notification pour les créances dispensées de l'inscription. — Nous examinerons plus tard, si, à raison de cette circonstance, le créancier saisissant n'aurait pas dû être l'objet de quelque disposition particulière.

(5) Il ne faut pas oublier que nous parlons dans l'hypothèse où l'on admet que les deux années échues auxquelles l'art. 2151 accorde même rang d'hypothèque qu'au capital, sont celles qui précèdent le plus immédiatement la demande à fin de collocation. Les

troisième année à la même règle que la portion écoulée avant la demande en collocation? Les auteurs du Code civil, en ajoutant l'année courante aux deux années échues que donnait exclusivement la loi de brumaire, ont sans doute voulu que le créancier ne perdît pas les intérêts d'une époque pendant laquelle il n'est pas vraisemblable qu'il puisse faire utilement aucunes autres diligences que son intervention dans l'*ordre*.

Mais le législateur n'a parlé que de l'*année* courante. Sans doute il a cru qu'un ordre ne se prolongerait guère au delà d'une année, et que par conséquent le créancier qui a formé sa demande au moment où il entrait dans la troisième année, avait toutes les chances possibles qu'il ne lui fût pas dû, au moment de la collocation, au delà de trois années d'intérêts (1). Quant au créancier dont la demande serait tellement voisine de l'échéance de la troisième année qu'il y aurait évidemment impossibilité que l'ordre fût terminé avant cette échéance, il devrait s'imputer de n'avoir pas, soit saisi l'immeuble aussitôt que le défaut de payement de deux ou même d'une année d'arrérages lui en a donné le droit, soit pressé l'expropriation et l'ouverture de l'ordre, dans l'hypothèse où un autre créancier eût saisi avant que celui-ci pût agir.

Quelque bien fondée que nous paraisse l'interprétation que nous venons de donner à l'article 2151 du Code civil, on a cependant soutenu pour ce qui concerne les intérêts du temps postérieur à la demande en collocation (tout en admettant notre opinion pour ce qui regarde les intérêts du temps antérieur), deux opinions différentes, aussi opposées entre elles qu'elles nous paraissent être, l'une et l'autre, contraires à l'esprit de la loi :

1° D'une part, on a prétendu que l'article 2151 ne s'applique aucunement aux intérêts postérieurs à la demande en collocation (c'est-à-dire que l'avantage accordé aux deux dernières années échues ne s'étend à l'année courante que pour la portion de cette année qui se trouve écoulée au moment de la demande);

2° D'autre part, on a soutenu que tous les intérêts courus (2) depuis la demande en collocation jusqu'à la clôture de l'ordre (et même jusqu'au payement effectif), et non pas seulement ceux du complément de l'année durant laquelle la demande a été formée, participent au bénéfice de l'article 2151.

Nous ne concevons pas ce qu'on peut dire en faveur de la première de ces opinions, si l'on ne soutient pas en même temps qu'à partir de la demande en collocation, le créancier a droit aux intérêts *moratoires* (3), non pas seulement vis-à-vis de son débiteur, ce

---

jurisconsultes qui prennent ces deux années dans la période qui précède l'adjudication, prennent sans doute également dans cette période la portion d'année courante qui doit jouir du même avantage. Enfin, ceux qui substituent la clôture de l'ordre à la demande en collocation, entendent par année courante celle durant laquelle cette clôture a lieu. Nous ne concevons pas quel sens on pouvait attacher à ces mots *année courante* dans le système, d'ailleurs insoutenable, qui appliquait la disposition de l'article 2151 aux deux années qui suivent immédiatement l'inscription.

(1) Les rédacteurs du Code civil n'ont pensé, dans l'art. 2151, qu'aux créanciers qui n'agissent (*par poursuite réelle*) que postérieurement à l'aliénation, soit en provoquant l'ouverture de l'ordre, soit en formant une demande en collocation. Mais le créancier qui a saisi l'immeuble et pour qui les deux années échues semblent devoir être celles qui précèdent la saisie, ne devrait-il pas avoir plus que la troisième année? cette troisième année suffira-t-elle pour amener à fin l'expropriation et l'ordre? Il nous semble qu'il eût été convenable d'accorder au créancier saisissant, en sus de ce qu'on accorde aux autres, les intérêts du temps qui sépare la saisie de l'ouverture de l'ordre; soit en admettant les intérêts au même rang d'hypothèque que son capital, soit en lui donnant pour les mêmes intérêts un *privilège* sur les fruits immobilisés; les autres créanciers auraient d'autant moins raison de se plaindre de cette faveur, que c'est à lui qu'ils doivent de voir les fruits *immobilisés*, c'est-à-dire enlevés au concours des créanciers chirographaires, pour être ajoutés à la masse distribuable par ordre d'hypothèque. Dans ce système, si d'autres créanciers agissaient *réellement* durant l'intervalle qui sépare la saisie de l'époque où l'on peut provoquer l'ordre ou y produire (V. art. 11 de la loi de brumaire, et 679 du Code de proc.), ne pourrait-on pas leur donner aussi sur les fruits *immobilisés* un droit de préférence, dans l'ordre de date de leurs poursuites respectives? — Il y a certainement ici quelques dispositions à ajouter à nos Codes.

(2) Qu'on nous permette cette expression, que l'usage condamne, mais qui évite une périphrase et rend mieux notre pensée que le mot *échus*.

(3) En effet, pour prétendre que dès l'instant de la demande en collocation le créancier perd les intérêts conventionnels sans acquérir les intérêts moratoires, il faudrait, entre deux interprétations que l'on peut donner de l'art. 2151, choisir celle qui (moins conforme d'ailleurs à la lettre) est défavorable au créancier, tandis que cet article, étant une exception à la règle générale qui accorde aux accessoires les priviléges du principal, devrait, dans le doute, recevoir l'application la moins destructive de la règle qu'il modifie. Dira-t-on qu'il est absurde d'accorder le rang hypothécaire à une partie des intérêts courus depuis la demande, lorsqu'on le refuse au restant de ces mêmes intérêts? Notre réponse à cette objection est implicitement comprise dans la réfutation que nous ferons tout à l'heure de l'opinion qui accorde cet avantage à tous les intérêts courus depuis la demande jusqu'à la clôture de l'ordre.

qui ne peut souffrir aucune difficulté (1), mais même vis-à-vis des autres créanciers hypothécaires.

Cette opinion deviendrait au contraire incontestable, s'il était accordé que la demande en collocation fait courir les intérêts *moratoires* contre les créanciers; car il n'est pas possible que les deux sortes d'intérêts soient dues en même temps.

Ce que nous avons donc à démontrer, c'est que le retard occasionné par la procédure d'ordre ne peut pas engendrer des intérêts *moratoires* au préjudice des créanciers hypothécaires.

Nous ferons remarquer d'abord que les intérêts *moratoires* sont une peine, et qu'une peine ne peut être infligée qu'à celui qui a commis une faute. Or l'un des créanciers hypothécaires ne peut pas reprocher aux autres le retard résultant des formalités indispensables de l'ordre. Sans doute, si l'un de ces créanciers a produit tardivement ou a élevé une contestation mal fondée, celui-là sera responsable envers ceux à qui la prolongation de l'instance d'ordre a porté préjudice; mais ne serait-il pas absurde de punir un autre créancier d'un retard qui n'est pas son fait, et dont il souffre peut-être lui-même (2).

Nous argumenterons ensuite des art. 767 et 770 du Code de procédure, qui nous paraissent décisifs. Il résulte clairement de ces articles que ce ne sont pas des intérêts *moratoires* qui accroissent durant l'instance d'ordre les capitaux utilement colloqués : jamais on n'a appelé *arrérages* cette sorte d'intérêts : il est évident que les rédacteurs du Code de procédure ont eu en vue les *arrérages de rentes* et les *intérêts* (*conventionnels ou légaux*) *des capitaux non aliénés*. Et remarquez bien qu'il y a des cas où ce serait faire tort aux créanciers utilement colloqués que de leur donner des intérêts moratoires au lieu des arrérages ou intérêts conventionnels; en effet, ceux-ci ne peuvent-ils pas être à un taux supérieur à cinq pour cent ?

En faveur de la deuxième opinion, qui est celle de M. Tarrible (V. *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Saisie immobilière*), 1° on a invoqué l'art. 767 du Code de procédure, qui après avoir déterminé l'époque où le juge-commissaire doit arrêter définitivement l'ordre, dit, en se référant (il n'est possible d'en douter) à la même époque : *Les intérêts et arrérages des créanciers utilement colloqués cesseront ;* 2° on a argumenté de l'article 770 du même Code, qui n'indique que le créancier sur lequel les fonds manquent, ou bien (lorsque tous les créanciers se trouvent désintéressés) la partie saisie, comme pouvant être dans le cas d'exercer, à raison des intérêts et arrérages courus pendant le cours des contestations qui ont allongé la procédure d'ordre, un recours contre les créanciers auteurs de ces contestations mal fondées; et l'on a dit : si, à partir de la troisième année, les intérêts ou arrérages devaient être privés de l'avantage de venir au même rang que le capital qui les produit, le législateur n'aurait pas manqué d'accorder, à cause de cette privation et en raison de la prolongation de la procédure d'ordre, un recours contre les créanciers qui ont causé cette prolongation (3).

Il nous semble que l'on peut répondre :

1° Que les articles 767 et 770 ont été écrits dans la pensée de ce qui arrive le plus souvent, c'est-à-dire dans la supposition que l'ordre sera clos avant qu'aucun créancier (sauf le créancier poursuivant que nous avons considéré comme étant à cet égard dans une

---

(1) C'est-à-dire que par la demande en collocation, ou antérieurement par une assignation donnée à son débiteur, le créancier dont la créance ne produisait pas d'intérêts ou produisait des intérêts à un taux moins élevé que celui des intérêts *moratoires*, a acquis le droit d'exiger ces derniers intérêts ou ce dont ils excèdent les intérêts conventionnels. Il y a plus, on pourrait peut-être soutenir qu'il a même acquis, toujours vis-à-vis du débiteur, le droit de réclamer les intérêts moratoires des arrérages ou intérêts échus au moment de la demande, conformément aux articles 1154 et 1155 du Code civil.

(2) On dira peut-être qu'alors il ne faudrait pas non plus colloquer le créancier antérieur pour les intérêts conventionnels qui courent depuis sa demande en collocation jusqu'au complément de la troisième année, c'est-à-dire de l'année courante; car cela nuit aussi aux créanciers postérieurs, à qui il ne peut pas imputer le délai qui s'écoulera nécessairement entre cette demande et la clôture de l'ordre. On trouvera ci-après la réponse à cette objection.

(3) Si M. Tarrible ne reconnaissait pas (comme nous le verrons ci-après) que les intérêts dus par l'acquéreur accroissent jusqu'au moment de la clôture de l'ordre la somme à distribuer hypothécairement, il est probable qu'au lieu d'invoquer l'art. 770, il eût fait, en faveur de son opinion, cet autre argument : Le créancier sur qui les fonds manquent n'éprouve aucun préjudice de l'accroissement des collocations antérieures à la sienne par les intérêts courus durant la prolongation du procès, puisqu'un accroissement, pour ainsi dire *collatéral*, s'opère en faveur de la somme à distribuer par les intérêts que doit l'acquéreur. Le vice de cet argument se trouvera démontré par les raisonnements que nous opposerons à l'opinion qui place antérieurement à *l'adjudication* les deux années et l'année courante admise au même rang d'hypothèque que le capital.

position qui réclame une mesure spéciale) ait vu arriver l'échéance de l'année durant laquelle il a formé sa demande, année qui doit être au plus la troisième des années non payées, et pour laquelle l'art. 2151 consacre, comme pour les deux années précédentes, un rang d'hypothèque égal à celui du capital (1);

2° Que l'art. 770 n'est pas une disposition qui puisse servir de base à l'argument : *Qui dicit de uno negat de altero;* car cet article n'est qu'une application du principe général : *Tout fait qui nuit à autrui oblige l'auteur de ce fait à réparer le dommage qui en est résulté.* Peut-être le législateur aurait-il mieux fait de laisser au juge le soin d'appliquer ce principe aux diverses espèces qui peuvent se présenter; mais en se plaçant sur le domaine de la jurisprudence, il n'a pas dépouillé le juge de ses attributions; celui-ci fera pour le cas où la prolongation de la procédure nuit aux créanciers premiers colloqués, ce que le législateur s'est donné la peine de faire pour le cas où cette prolongation nuit au créancier sur qui les fonds manquent;

3° Que, suivant l'interprétation donnée par M. Tarrible, le Code de procédure aurait évidemment dérogé au Code civil qui n'accorde le rang d'hypothèque du capital qu'à trois années au plus; il aurait substitué à l'article 2151 la règle suivante : *Le créancier,* etc., *a droit d'être colloqué pour deux années échues et pour tout le temps qui s'écoulera depuis sa demande en collocation jusqu'à la clôture de l'ordre.* On ne peut pas supposer que les rédacteurs du Code de procédure aient eu l'intention de faire un changement si important, et qu'ils n'aient pas manifesté cette intention, sinon dans le texte même du Code, au moins dans les discussions préparatoires ou dans l'exposé des motifs.

On insistera, peut-être, en disant, qu'il est possible que la prolongation de la procédure ait été causée par des créanciers non colloqués et qui se trouvent insolvables, et que si quelqu'un doit souffrir de cette prolongation, c'est plutôt le dernier créancier qui, au moment où il a prêté ses fonds, connaissait les hypothèques dont l'immeuble était déjà grevé, que le premier créancier qui n'a pu rien faire pour éviter les contestations par lesquelles la clôture de l'ordre a été retardée.

Nous répondrons d'abord, que ce créancier premier en rang, aurait pu ne pas attendre l'échéance d'une seconde année d'intérêts; et, quant au créancier sur qui les fonds manquent, nous ferons remarquer que, lorsqu'il a traité avec le débiteur, il a calculé les sûretés que pouvait encore offrir l'immeuble qu'on lui présentait pour gage, en ajoutant aux capitaux déjà inscrits tout au plus trois années d'intérêts; s'il avait dû faire entrer en compte la chance de voir, par suite de contestations élevées contre les créanciers qui le précèdent (bien entendu par d'autres que par lui-même), les intérêts augmenter indéfiniment les sommes qui devront être payées avant qu'il ait rien à prétendre sur le prix de l'immeuble, il se serait sans doute abstenu de traiter. Or qui en aurait souffert? Le débiteur, dont un pareil système réduirait presque à rien les ressources hypothécaires. La restriction (à trois années) des intérêts admis au même rang que le capital, est une sorte de *forfait* entre le créancier qui prête et le public (c'est-à-dire les tiers qui pourraient traiter ensuite avec le même débiteur); c'est une condition que la loi impose pour protéger le débiteur imprudent; et certes l'inconvénient qui peut en résulter pour le créancier hypothécaire n'est pas bien grave, car il est maître, comme nous l'avons dit, d'agir après l'expiration de la première année. S'il arrivait cependant que, sans qu'il y ait aucune faute à reprocher au créancier antérieur (2), l'ordre se prolongeât au delà de l'échéance de sa troisième année d'intérêts, nous reconnaîtrions certainement que c'est un malheur; mais nous demanderons pourquoi il serait permis au créancier atteint par ce malheur d'en rejeter les conséquences sur un tiers qui n'est pas plus en faute que lui? Chacun de nous n'est-il pas condamné à supporter les effets fâcheux des événements qui l'atteignent, et dont il n'y a pas lieu de rendre responsable une autre personne?

Dira-t-on qu'au moins le créancier postérieur ne doit pas profiter d'un retard qui nuit

---

(1) Que faudrait-il décider si, un créancier ayant produit à l'ordre avant qu'il lui fût dû deux années d'arrérages, l'ordre se prolongeait au delà du terme de la deuxième année durant laquelle il a produit? Il nous semble que ce créancier aurait le droit d'être colloqué même pour les intérêts *courus depuis l'échéance de cette année, mais avant l'expiration d'une troisième année;* il faut s'attacher à l'esprit et non à la lettre de l'article 2151.

(2) C'est-à-dire, sans qu'on puisse même trouver dans l'obscurité de son titre ou dans quelque autre circonstance de sa créance, le prétexte des contestations qui ont eu lieu, par exemple, si ces contestations ont eu pour objet des créances colloquées avant la sienne.

au créancier antérieur, et que c'est précisément ce qui arrivera, en vertu de notre système, dans le cas où le prix produit des intérêts, si la procédure d'ordre se prolonge au delà du terme des années d'arrérages pour lesquelles les premiers créanciers ont droit au même rang d'hypothèque que pour le capital. En effet la somme à distribuer s'accroissant, tandis que les collocations des premiers créanciers resteront fixées à la même somme qu'au moment où la troisième année est échue, un des derniers créanciers trouverait avantage à s'entendre avec un individu insolvable pour susciter des contestations qui retarderont la clôture de l'ordre.

Nous ne répondrons pas que la seule crainte d'une fraude ne suffit pas pour priver le créancier sur qui les fonds manquent, du bénéfice d'une chance d'ailleurs extrêmement rare ; on répliquerait avec raison, que, n'ayant pas dû compter sur cette chance quand il a contracté, il n'a aucun titre pour en réclamer le bénéfice.

Mais nous dirons qu'il n'est point extraordinaire qu'une règle fort sage dans sa généralité produise quelque inconvénient dans un cas particulier; ce n'est ordinairement qu'à ce prix qu'on achète les avantages attachés à la *généralité* d'une disposition législative. Nous pourrions en citer pour preuves presque toutes les dispositions qui établissent des présomptions légales; mais nous trouvons une disposition qui présente une analogie bien plus grande avec la règle que nous avons déduite de l'art. 2151 ; c'est l'art. 2198 du Code civil, qui porte que, dans le cas d'omission d'une inscription hypothécaire dans le certificat délivré par le conservateur des hypothèques, l'acquéreur est valablement libéré en payant sur la foi de ce certificat, sauf le recours du créancier omis contre le conservateur ; dans ce cas comme dans celui que l'on nous objecte, la préférence est enlevée à un créancier qui avait priorité d'hypothèque, au profit d'un créancier qui n'était qu'à un rang inférieur.

Pour achever la justification du système que nous avons adopté, réfutons maintenant les opinions, d'ailleurs diverses, qui déterminent d'après une autre époque que celle de la demande en collocation, les intérêts ou arrérages auxquels l'art. 2151 accorde le même rang d'hypothèque qu'au capital.

1° Avons-nous besoin de prouver que l'*ouverture de l'ordre*, lorsqu'elle est séparée de la *demande en collocation*, ne peut servir de point de départ? Jusqu'à ce que le créancier demande à être colloqué, il autorise la croyance qu'il ne lui est dû que deux années d'arrérages et l'année courante (1); par suite de cette croyance, des créanciers postérieurs ont pu se dispenser de presser la confection de l'ordre (2). Dira-t-on qu'il importe peu à ces créanciers que la collocation de ceux qui les priment ait pour objet les intérêts du temps qui a précédé l'ouverture de l'ordre, ou ceux du temps qui a précédé la demande en collocation, pourvu que la collocation n'ait pas lieu pour une plus forte somme d'intérêts, c'est-à-dire en raison d'un espace de temps plus long, et que cela ne peut guère arriver dans le système qui n'admet jamais plus de trois années d'intérêts à jouir du bénéfice de l'article 2151, quelle que soit la durée de la procédure d'ordre (3)? Nous répondrons qu'il suffit que cela puisse arriver (4), pour que l'opinion proposée doive être repoussée sous l'empire du Code de procédure. Nous ajouterons ensuite qu'on n'aperçoit d'ailleurs aucune considération qui puisse justifier la préférence donnée à l'époque de l'*ouverture de l'ordre* (dans l'hypothèse où elle ne vaut pas *demande en collocation*) sur toute autre époque, pour

---

(1) Il n'en était pas ainsi sous l'empire de la loi de brumaire : le dépôt du certificat des inscriptions valait production et par conséquent *demande en collocation* pour tous les créanciers inscrits, et tous les créanciers hypothécaires étaient alors soumis à la formalité de l'inscription.

(2) Nous n'ajouterons pas que *des prêts ou des crédits nouveaux ont pu être faits* (quoiqu'il ne soit pas impossible que les créances définitivement colloquées restent au-dessous du prix de l'immeuble vendu), parce que, suivant nous, après l'adjudication, l'ancien propriétaire ne peut plus conférer un droit de préférence sur le prix. Nous admettons cependant qu'un pareil droit peut être acquis en vertu d'une cause antérieure, et notamment (dans les limites posées ci-dessus) pour les intérêts courus pendant la procédure d'ordre.

(3) Cela aura lieu au contraire constamment dans le système de M. Tarrible.

(4) Un ordre a été ouvert le 1er janvier 1830; *Titius*, créancier hypothécaire, n'a formé sa demande en collocation que le 1er février 1831, et l'ordre a été clos le 1er juin suivant; les intérêts de la créance de *Titius* arrivent à échéance le 1er mars ; si l'on admet que les deux années échues sont celles qui précèdent l'ouverture de l'ordre et l'année courante l'année pendant laquelle cette ouverture a eu lieu, *Titius* sera colloqué pour trois années entières; tandis qu'il n'obtiendra que les intérêts de deux ans et trois mois, si l'on prend pour point de départ la demande en collocation.

déterminer l'année courante dont parle l'article 2151 et par suite les deux années échues appelées à jouir de la même prérogative que le capital.

2° Quelque favorable que soit la lettre de l'art. 2151 (1) à l'opinion qui prend pour point de départ le jour de la *collocation* (c'est-à-dire le jour de la clôture de l'ordre), cette opinion ne saurait être admise, parce qu'alors le créancier, ayant tout sujet de craindre que la procédure nécessaire pour arriver à ce terme ne dure plus d'une année, serait dans la nécessité de poursuivre son débiteur au premier retard; or il est évident que ce n'est pas là ce que le législateur a voulu (2).

3° M. Tarrible (voyez *Répertoire* au mot *Saisie immobilière*, 4e édition, tome XII, pag. 306) nous apprend que lorsqu'on discuta le projet du Code de procédure civile, il fut question d'adopter l'époque de *l'adjudication* (3) comme point de départ pour déterminer les deux années d'intérêts et l'année courante, venant au même rang que le capital productif d'intérêts. Dans ce système, la collocation de chaque créancier aurait, pour ainsi dire, rétroagi au moment de l'adjudication; la somme à distribuer eût été seulement le *prix*, sans aucuns accessoires; l'adjudicataire eût été réputé devoir, jusqu'à concurrence de cette somme, personnellement et *à partir de l'adjudication*, à chaque créancier ce que l'ordre viendra déterminer plus tard; d'un autre côté, à partir du même moment, les créanciers utilement colloqués, savoir, 1° pour leur capital, 2° pour les intérêts de la portion, antérieure à l'adjudication, de l'année qui courait au moment de cette même adjudication, 3° pour les intérêts des deux années antérieures, en supposant qu'elles soient dues, auraient eu droit, proportionnellement au montant de leurs collocations respectives, aux intérêts dus par l'adjudicataire; mais dans le cas où l'adjudicataire n'aurait pas dû d'intérêts, ils n'auraient eu de recours que contre le débiteur ou contre les créanciers dont les contestations ont retardé la clôture de l'ordre et par suite le payement du prix à ceux qui y ont droit.

Hâtons-nous de dire avec M. Tarrible, qu'il s'en faut bien que le Code de procédure ait adopté ces idées.

En effet, il est évident que les intérêts dont parlent les articles 757, 767 et 770, comme courant au profit des créanciers durant la procédure d'ordre, sont les arrérages ou intérêts conventionnels de chaque créance hypothécaire et non pas les intérêts qui peuvent être dus par l'adjudicataire. Il n'est pas moins évident que ces arrérages et intérêts conventionnels viennent (au moins jusqu'à certaine concurrence, savoir, suivant nous, jusqu'au complément de la troisième année d'arrérages ou d'intérêts de chaque créance utilement colloquée) en déduction de la somme à distribuer, c'est-à-dire accroissent les collocations sur cette même somme.

« Quels sont, dit M. Tarrible (4), les inté-

---

(1) En effet, c'est au fait de la *collocation*, et non à celui de la *demande*, que le législateur rattache la phrase *pour deux années et pour l'année courante :* le participe ou adjectif *courante*, qui indique une coïncidence de temps entre deux faits, ne rencontre, dans l'article 2151 l'énonciation d'aucun autre fait que celui qui est exprimé par les mots *être colloqué*.

(2) M. Grenier dit cependant bien formellement, p. 198 de son *Traité des hypothèques*, tom. 1, deuxième édition, que la prérogative de l'art. 2151 appartient à l'année qui court au *moment de la collocation* et aux deux années précédentes; un peu plus loin, pag. 200, il dit que l'année courante, dans l'art. 2151, est celle qui court au moment où le *payement* s'effectue. Mais d'un autre côté il prétend que tous les intérêts qui courent à compter de l'*adjudication* sont conservés sans nouvelle inscription (il veut dire probablement sans autre inscription que celle qui a été prise pour le capital), et ce n'est pas sur l'art. 2151 qu'il fonde cette opinion, mais bien ur des considérations tout à fait différentes de celleq ui ont dicté cet article, de sorte qu'on ne saurait douter que les intérêts courus à partir de l'adjudication ne soient, aux yeux de M. Grenier, des intérêts autres que ceux de l'année courante et des deux années antérieures. Nous ne voyons pas comment on peut concilier l'illustre président avec lui-même. Y aurait-il des cas où la *collocation* précède l'adjudication? Toujours est-il impossible que celle-ci soit postérieure au jugement. Il est bien fâcheux que l'auteur du *Traité des hypothèques* n'ait pas tenu dans son deuxième volume (v. p. 436) la promesse qu'il avait faite dans le premier (v. page 202) de développer les résultats des articles 757, 767 et 770 du Code de procédure en combinant l'art. 19 de la loi du 11 brumaire an VII avec l'art. 2151 du Code civil. — M. Tarrible, qui, au mot *Inscription hypothécaire*, avait dit que l'*année courante* de l'art. 2151 *est celle qui court au moment de la collocation*, s'est rétracté au mot *Saisie immobilière : Nous n'avons voulu parler*, dit-il, *que des intérêts qui ont couru jusqu'à l'adjudication définitive et au moment de l'ouverture de l'ordre*. La première assertion est évidemment une inadvertance; nous en trouvons une nouvelle dans la deuxième, où l'auteur suppose que *l'adjudication définitive* et *l'ouverture de l'ordre* sont deux événements qui coïncident.

(3) Qu'aurait-on décidé pour le cas d'aliénation volontaire?

(4) *Répertoire de jurisprudence*, Vo. *Saisie immobilière*, pag. 306 du t. XII de la 4e édition.

» rêts pour lesquels le recours est accordé » par l'art. 770, à la partie saisie et au créan- » cier sur lequel les fonds manquent, contre » les créanciers qui ont succombé dans leurs » contestations? Ce ne peut être que les in- » térêts courus pendant le cours des contes- » tations au profit des créanciers utilement » colloqués. Pourquoi ce recours est-il ac- » cordé à la partie saisie et au créancier sur » lequel les fonds manquent? Ce ne peut être » que parce que ces intérêts ont été pris au » profit des créanciers utilement colloqués » sur la masse hypothécaire; c'est parce que » la dette envers les créanciers utilement » colloqués ne se serait pas grossie du mon- » tant de ces intérêts, si les productions tar- » dives ou les mauvaises contestations n'a- » vaient pas occasionné le retard; c'est enfin » parce que la somme employée au payement » de ces intérêts serait revenue au créancier » qui suit immédiatement dans l'ordre ceux » utilement colloqués, ou bien à la partie » saisie, s'il n'y avait pas eu d'autres dettes » à acquitter. »

L'idée de ne pas prendre sur la masse hypothécaire les intérêts produits depuis le jour de l'adjudication, est liée à celle de ne pas réunir à cette masse les intérêts qui peuvent être dus par l'adjudicataire, mais de distribuer ces intérêts aux créanciers utilement colloqués au *prorata* de leurs collocations, et il est évident que cette dernière idée emporte celle que les intérêts à colloquer conjointement avec le capital sont ceux de la portion de l'année *courant au moment de l'adjudication* qui a précédé cette adjudication et des deux années immédiatement antérieures. Dès qu'il est certain que le législateur n'a point accueilli l'une de ces idées, il faut reconnaître qu'il a également repoussé les deux autres.

Mais, dira-t-on, si un long intervalle vient à séparer de l'adjudication l'ouverture de l'ordre et par suite la demande en collocation, il pourra arriver, dans le système qui prend cette demande pour point de départ, et qui, en conséquence, n'accorde le bénéfice de l'article 2151 aux intérêts qui précèdent immédiatement l'adjudication qu'autant que ces intérêts appartiennent aux deux années antérieures à la demande ou à l'année durant laquelle la demande est formée, il pourra arriver, dis-je, que le créancier voie tomber sous le coup de la prescription des intérêts pour lesquels il n'a pas pu employer la ressource, plus ou moins efficace, que lui offrait l'article 2151; or il y a tout lieu de croire que les auteurs du Code civil n'ont pas entendu que la prescription s'opérât lorsque les créanciers ne peuvent plus obtenir par des inscriptions nouvelles un nouveau rang hypothécaire en place de celui que la prescription leur enlève : la disposition de l'art. 2151, ajoutera-t-on, est une punition de la négligence du créancier, or une fois le débiteur exproprié, il n'est plus possible au créancier de prendre inscription sur l'immeuble aliéné, et l'expropriation établit une immense probabilité que des poursuites personnelles contre le débiteur seraient sans résultat; la négligence du créancier étant donc devenue impossible, il n'y a plus à lui appliquer la disposition de l'art. 2151, qui dépouille les intérêts, autres que ceux que cet article désigne, de leur caractère *réel*, pour en faire des créances purement personnelles, sauf à recouvrer ce caractère par l'effet d'une nouvelle inscription.

Il ne faut qu'un mot pour détruire toute cette argumentation (1): c'est qu'il s'en suivrait que toutes les fois que les diverses créances hypothéquées sur un immeuble en excèdent ou en égalent la valeur, l'art. 2151 cesse d'être applicable; car dès lors les premiers créanciers hypothécaires ne peuvent plus acquérir un nouveau rang d'hypothèque pour les intérêts qu'il leur plaira de laisser s'arriérer. Nous ferons remarquer surabondamment que l'art. 2151 n'établissant pas simplement une prescription mais un forfait, il ne s'agit pas seulement de punir la négligence de certains créanciers ni même de prévenir des fraudes, mais de garantir aux propriétaires les ressources que leur offre la faculté d'hypothéquer, et de servir ainsi l'État lui-même qui profite des spéculations privées que le crédit multiplie.

Dira-t-on qu'en admettant le système des

(1) Elle a cependant été adoptée par M. Grenier, après avoir été présentée par M. Fouquet, qui porta la parole comme procureur général près la cour de Rouen, lorsque cette cour fut appelée à juger de nouveau l'affaire qui a donné lieu au réquisitoire de M. Merlin dont nous avons parlé ci-dessus et à l'arrêt de cassation du 20 novembre 1809. M. Grenier déclare, en même temps (v. tom. II. p. 456), qu'il partage sur cette matière l'opinion de M. Tarrible. Comment ne s'est-il pas aperçu que M. Fouquet et M. Tarrible, quoique donnant la même solution à la question de savoir si les intérêts courus pendant la procédure d'ordre peuvent venir au même rang que le capital, se fondent cependant sur des principes opposés?

art. 757, 767 et 770 du Code de procédure pour le cas où le prix à distribuer ne produit pas d'intérêts ou ne produit que des intérêts moindres que ceux des créances utilement colloquées, on devrait au moins donner la préférence au système opposé pour le cas où, durant la procédure d'ordre, des intérêts dus par l'adjudicataire (1) procurent à la somme à distribuer un accroissement égal à celui que les intérêts des créances venant en ordre utile donnent à la masse totale de ces mêmes créances; de sorte que, dans cette hypothèse, les créanciers postérieurs trouvent d'un côté un avantage égal à la perte qu'ils éprouvent de l'autre (2).

Nous demanderons à quoi bon une exception à la règle posée par le Code de procédure, lorsque, par l'application de cette règle, on arrive au même résultat que par le moyen de l'exception? Comment supposer que le législateur a eu l'intention de placer sans aucune utilité une seconde règle à côté de celle des art. 757 et 770, et d'ouvrir une seconde voie pour arriver au but qu'on peut atteindre suivant la première?

4° Personne, à notre connaissance, n'ayant soutenu que l'époque de la *saisie* était celle où l'on devait se reporter pour terminer les intérêts qui partagent le rang hypothécaire du capital, et aucun argument de quelque force ne nous paraissant militer en faveur de cette opinion, nous nous contenterons de faire remarquer qu'elle a contre elle toutes les considérations que nous avons fait valoir contre l'opinion qui voit cette époque dans l'*adjudication*.

§ II. Il nous reste à examiner 1° si le système que nous avons adopté et que nous appuyons principalement sur les articles 757, 767 et 770 du Code de procédure, peut s'appliquer au temps qui s'est écoulé entre la publication du Code civil et celle du Code de procédure; 2° quelles modifications il doit recevoir pour être en harmonie avec les dispositions de la loi du 11 brumaire an VII.

M. Merlin a si clairement établi, dans le tome III de ses *Questions de droit*, pag. 89 de la 2e édition, le caractère interprétatif des articles sus-énoncés du Code de procédure, que nous croyons inutile de traiter de nouveau cette question.

Quant à l'application de notre système au régime de la loi de brumaire, quoique nous trouvions, en faveur d'une application pure et simple, ce passage de M. Merlin (p. 91):

« Il faut, de toute nécessité, reconnaître » que les articles 757, 767 et 770 du Code de » procédure civile n'ont été rédigés ainsi » qu'ils le sont, que pour dissiper les doutes » auxquels la loi du 11 brumaire an VII et le » Code Napoléon avaient donné lieu, que » pour déclarer dans quel sens ils avaient » toujours dû être entendus, dans quel sens » ils avaient toujours dû être exécutés; »

Puis, dans l'arrêt du 21 novembre 1809, ce considérant:

« Attendu que les articles dont il s'agit ne » sont pas introductifs d'un droit nouveau, » mais seulement explicatifs de l'article 19 » de la loi de brumaire et de l'article 2151 » du Code civil. »

Nous pensons que, les rédacteurs de la loi de brumaire n'ayant parlé que de deux années, il n'est pas possible d'accorder à un plus grand nombre le rang du capital.

Si l'on prétendait tirer de ce que le nombre des intérêts admis au même rang que le capital, est si limité par cette loi, l'induction que ces auteurs n'ont pas entendu refuser au créancier, soit les intérêts moratoires à partir de sa demande, soit les intérêts dus par l'acquéreur à partir de l'adjudication, nous n'aurions qu'à rappeler toutes les objections que nous avons élevées contre ces prétentions en faisant abstraction des dispositions du Code de procédure, et à faire remarquer que, la loi de brumaire ayant été faite à une époque peu éloignée de celle où l'on crut pouvoir abolir toutes les formes de procédure, et lorsque l'on croyait encore qu'il était au moins possible de rendre ces formes extrêmement simples, il ne serait pas du tout étonnant que les auteurs de cette loi eussent pensé qu'une année suffisait bien tout à la fois aux exigences de l'humanité et à toutes les formalités de la procédure d'ordre.

(*Revue de Législation*.)

---

(1) Ou par le consignataire du prix.

(2) Nous ne concevons pas comment M. Tarrible a pu faire une pareille concession aux adversaires de son système, et surtout comment il n'a pas vu que le cas de consignation n'est pas le seul où la somme à distribuer peut ne pas éprouver un accroissement égal et en quelque sorte *collatéral* à celui qu'éprouvent les capitaux colloqués. Déjà l'erreur dans laquelle ce savant jurisconsulte est tombé a été relevée en partie dans le *Répertoire* même : voyez la note de la page 107 du tom. XII de la 4e édition.

XXXVII.

DISSERTATION.

AVOUÉ. — DÉCÈS. — QUALITÉS. — SIGNIFICATION.

Les qualités d'un arrêt contradictoire doivent-elles être SIGNIFIÉES *lorsque l'avoué de la partie condamnée ayant cessé ses fonctions, aucun autre avoué n'a été constitué pour le remplacer?*

PAR M. PÉRIN, DOYEN DE LA COMPAGNIE DES AVOUÉS PRÈS LA COUR ROYALE DE PARIS.

Les art. 142, 143, 144 et 145; C. proc. civ., ont statué sur tout ce qui concerne la rédaction, la signification et le règlement des qualités des jugements et arrêts contradictoires; mais, il faut bien le reconnaître, ces articles supposent que l'avoué constitué originairement, ou tout autre à ses lieu et place, est chargé de représenter la partie condamnée.

Aucune disposition du Code ne paraît, au premier abord, avoir prévu le cas où l'avoué constitué ayant cessé ses fonctions depuis que les conclusions ont été respectivement prises à l'audience, ou dans l'intervalle du jugement à la signification des qualités, la partie condamnée n'aurait pas constitué un autre avoué.

De là, la différence d'opinion entre les meilleurs esprits.

Les uns pensent qu'il faut assigner en constitution de nouvel avoué, à l'effet de recevoir la signification des qualités et de procéder avec lui à leur règlement.

D'autres croient qu'on doit signifier les qualités à la partie, *et à son domicile*, en lui faisant sommation d'y former opposition dans les vingt-quatre heures, entre les mains de l'huissier porteur de l'original, si elle le juge convenable; ou que, sans attendre cette opposition, on doit l'assigner à comparaître devant M. le président de la chambre qui a rendu l'arrêt pour voir ordonner l'expédition des qualités telles qu'elles ont été signifiées.

D'autres, enfin, et c'est le plus grand nombre, sont d'avis qu'il suffit de signifier les qualités à la partie, en lui déclarant qu'elle a vingt-quatre heures pour y former opposition sur l'original étant entre les mains de l'huissier; et que si cette partie ne forme pas d'opposition, le greffier doit faire expédier l'arrêt sur la remise à lui faite de l'original des qualités et de l'acte constatant leur signification.

Aucune de ces opinions ne me paraît fondée, et j'estime, au contraire, qu'on trouve dans la combinaison des art. 148, 342, et suivants, C. proc. civ., rapprochés de l'art. 88 du Tarif, la raison de décider qu'au cas posé, les qualités doivent être expédiées sans qu'il soit besoin de les signifier.

C'est pour justifier cet avis que j'aurai l'honneur, d'abord, d'examiner devant vous, messieurs, la cause des dispositions des art. 142 et suivants, C. proc. civ., sur les qualités des jugements et arrêts contradictoires.

Ensuite, d'appeler votre attention sur les difficultés, je pourrais dire insurmontables quant à quelques-unes, qui sortiraient de l'adoption de l'un ou de l'autre mode proposé pour combler ce qu'on appelle *la lacune* du Code de procédure;

Et enfin, revenant à l'application de ce que j'aurai dit sur les motifs des art. 142 et suivants du Code, de vous démontrer que toute procédure, ainsi que toute interpellation extraordinaire, pourrait compromettre, toutefois par des causes et des effets différents, les intérêts des parties.

§ Ier. — *Des motifs qui ont nécessité les dispositions des art.* 142, 143, 144 *et* 145, *C. proc. civ.*

La contradiction appelée sur la rédaction des qualités des jugements et arrêts contradictoires a pour but de fixer d'une manière positive les qualités dans lesquelles les parties ont procédé, le point de fait de la cause, l'objet de la demande, les conclusions respectives et le point de droit.

Le besoin de procéder ainsi est la conséquence des art. 1351, C. civ., 474, 480 et 481, C. proc. civ., et enfin du droit incontestable, appartenant à chaque partie, de se pourvoir en cassation.

Il importe donc, dans chacun de ces cas, que les qualités soient ce qu'on pourrait appeler un rapport écrit du procès, car l'autorité de la chose jugée, la tierce opposition, la requête civile et le pourvoi en cassation, sont évidemment régis par les qualités dans lesquelles les parties ont procédé, le point de fait, l'objet de la demande, les conclusions respectives et le point de droit.

Hors de ces termes on ne pourrait se rendre un compte raisonnable de la disposition qui prescrit la signification des qualités des jugements et arrêts contradictoires, lorsque celles des jugements et arrêts par défaut en sont formellement affranchies (art. 88 du Tarif).

Mais suit-il de là que si depuis les conclusions contradictoirement prises, et si après le jugement de l'affaire, la partie a cessé d'être représentée par un avoué, il faille l'assigner en constitution de nouvel avoué, pour procéder avec lui à la rédaction des qualités, ou qu'il soit besoin de remplir envers elle, et aux mêmes fins, aucune formalité soit judiciaire, soit extrajudiciaire?

§ II. — *De l'abus et des inconvénients de toute procédure et de tous actes extrajudiciaires relatifs à la rédaction et au règlement des qualités.*

Et d'abord, quant à l'assignation en constitution de nouvel avoué, on ne voit pas que les art. 342 et suivants, C. proc. civ., puissent être, ni virtuellement ni par analogie, appliqués à l'espèce. Toutes les expressions de ces articles se rapportent *à l'existence* d'un procès. Or, lorsqu'il ne s'agit plus que de l'expédition de l'arrêt, il n'y a véritablement pas d'instance à reprendre ni à continuer.

Mais ensuite il ne sera pas difficile de reconnaître que si la partie qui a gagné son procès devait assigner son adversaire en constitution de nouvel avoué, elle se trouverait souvent réduite à l'impossibilité d'obtenir la grosse de l'arrêt; qu'au moins il en résulterait des retards considérables dans l'exécution des décisions judiciaires.

En effet, s'il faut assigner en constitution de nouvel avoué, on ne pourra le faire qu'à la huitaine; et, à supposer que le défendeur demeurât hors du lieu où siége la cour, il faudrait ajouter à ce délai un jour par trois myriamètres de distance: soit quarante jours environ si la partie assignée habitait la ligne frontière des Pyrénées. Le délai sera de deux, quatre, six mois, et même d'un an, suivant que la partie aura son domicile dans l'un des lieux désignés par l'art. 73, C. proc. civ. En vain on prendra l'ordonnance du juge pour assigner à plus bref délai, cette ordonnance n'abrégera que le délai de huitaine: elle ne pourra changer celui nécessité par le domicile du défendeur.

Que si cette partie, dans le but de retarder l'exécution, ne constitue pas d'avoué, il faudra prendre défaut qui ordonnera qu'elle sera tenue de le faire, sinon qu'il sera passé outre à l'expédition des qualités. De nouveaux retards naîtront du temps employé pour la levée et la signification de ce nouvel arrêt. Huit jours se passeront ensuite depuis la signification, et ce délai se trouvera augmenté de celui nécessaire à l'accomplissement des formalités d'exécution indiquées par l'art. 159 du C. proc. civ., car l'arrêt étant rendu contre une partie qui n'aura pas constitué d'avoué, le greffier ne voudra point expédier les qualités du premier sans qu'on lui justifie, conformément à l'art. 548, de l'exécution directe du second.

Ce n'est pas tout: si le défaillant est étranger, et que ne possédant rien en France, il habite un pays où la réciprocité d'exécution

des décisions de la justice ne soit pas admise, *il y aura impossibilité absolue* de satisfaire aux exigences des art. 139 et 548 du Code, et, par conséquent, d'obtenir la grosse de l'arrêt contradictoire. Il se pourra, cependant, que l'arrêt ait accueilli la demande d'un Français en annulation de testament, d'obligation, de vente; qu'il fasse mainlevée d'inscriptions ou d'oppositions, etc.; que d'autres parties, ayant le même intérêt que l'étranger, soient toujours représentées par des avoués lorsque celui-ci n'en aura plus... N'importe! Le mauvais vouloir du défendeur étranger paralysera, envers et contre tous, la décision de la justice! Cela est impossible.

Admettons même que le défaillant, regnicole ou étranger, forme opposition à l'exécution de l'arrêt par défaut rendu sur l'incident, les obstacles et les inconvénients dont je viens de signaler la possibilité et le résultat disparaîtront, il est vrai; mais non pas les lenteurs inséparables de la présentation de la cause, de son tour d'audience, de la rédaction et du règlement des qualités de cet arrêt, de son expédition et de ses significations à avoué et à domicile.

Il ne peut donc, sous aucun rapport, y avoir lieu à assigner en constitution de nouvel avoué.

Il en est de même de la signification des qualités à la partie et à son domicile, avec sommation d'y former opposition si elle le juge convenable, ou de comparaître devant M. le président de la chambre pour voir ordonner leur expédition.

Supposons, pour un moment, que l'huissier du domicile de la partie puisse être assimilé aux huissiers audienciers dont parle l'art. 143, C. proc. civ., et que, par conséquent doive conserver entre ses mains, pendant vingt-quatre heures, l'original des qualités qu'il aura signifiées; il faudra, si le défendeur forme opposition, que cet huissier fasse la sommation de se trouver devant M. le président, ou que, comme on le propose, et sans attendre cette opposition, il l'assigne à comparaître devant ce magistrat pour voir dire que les qualités seront expédiées.

Dans l'une et dans l'autre de ces hypothèses, le délai de la comparution sera de quarante jours si la partie habite la frontière des Pyrénées. Ce serait déjà une raison de croire que le législateur n'a pas entendu qu'il dût en être ainsi.

Pour se convaincre que telle n'a pas été son intention, il suffit de considérer ce qui arriverait nécessairement si le défendeur habitait un des lieux désignés par l'art. 73, C. proc. civ.; car ce qui serait ordonné à l'égard des parties demeurant en France, devrait être exécuté également à l'égard de celles domiciliées à l'étranger.

Eh bien! la sommation de former opposition dans les vingt-quatre heures serait illusoire. En effet, toute signification aux étrangers devant se faire aux parquets de M. le procureur général ou de M. le procureur du roi, on ne trouverait là personne ayant pouvoir de former l'opposition. Ainsi, le délai de vingt-quatre heures serait de deux, quatre, six mois, un an, suivant que l'étranger demeurerait dans telle ou telle partie du globe: nul ne pouvant jamais être privé du délai nécessaire pour obtenir la connaissance de ce qui est fait contre lui, et user du droit à lui assuré par la loi.

Puis, et à supposer l'opposition formée seulement au jour fatal de l'échéance du délai, il faudrait assigner encore à deux, quatre, six mois, un an, pour voir statuer sur l'opposition.

Que si l'on adoptait le mode de signifier les qualités avec assignation devant M. le président, pour en voir ordonner l'expédition, les délais seraient abrégés de moitié, il est vrai; mais resterait toujours un des délais de deux quatre, six, mois, un an, que nulle puissance n'aurait le droit d'enlever au défendeur.

Je le dis donc avec assurance, ce second mode ne peut pas être adopté.

Reste le troisième. Il consisterait à signifier les qualités à la partie et à son domicile, en lui déclarant qu'elle a vingt-quatre heures pour y former opposition. Puis, et à défaut d'opposition, il suffirait de remettre au greffier les qualités et l'original de leur signification. L'arrêt serait alors expédié.

Ce mode, quelque satisfaisant qu'il paraisse d'abord, n'est que la contre-épreuve de celui qui précède.

Bon, si la partie demeurant en France ou en Corse ne forme pas opposition dans les vingt-quatre heures, il ne détruit pas la nécessité de la sommation en règlement de qualités, pour le cas d'opposition. Par conséquent, l'obligation de donner un délai à raison de 3 myriamètres de distance, ou tout autre delai, subsisterait dans son entier.

A l'égard de ceux qui demeurent dans les autres pays, *où nos huissiers français ne peuvent pas exploiter*, resteraient toujours la nécessité de signifier aux parquets de MM. les procureurs du roi ou procureurs généraux; l'impossibilité qu'une opposition fût faite dans les vingt-quatre heures; l'obligation d'attendre de deux mois à un an sans pouvoir reprendre l'original, et, par-dessus tout cela, s'il survenait une opposition, cette autre obli-

gation de faire une sommation en règlement de qualités *avec le même délai*.

J'ai dit, messieurs, que chaque mode proposé serait nuisible aux intérêts respectifs des parties.

Vous avez déjà cette preuve, en ce qui touche les intérêts du demandeur. D'un côté, impossibilité presque absolue d'obtenir la grosse de l'arrêt rendu à son profit; d'un autre côté, retards qui, variant presqu'à l'infini, peuvent avoir, selon les cas, une durée de plusieurs mois, même de plus de deux ans. Ce point est donc justifié.

A l'égard du défendeur, s'il est vrai que tout ce qui a rapport à la rédaction des qualités soit le résultat des motifs déduits dans le § 1er de ce rapport, il est évident que le défaut d'opposition de sa part aux qualités *qui lui auront été signifiées* leur donnera une force qu'elles ne doivent pas avoir, encore bien qu'à cause de l'éloignement de son domicile il lui ait été impossible de veiller à la conservation de ses droits.

Ainsi, chacun de ces modes doit être rejeté.

Il convient toutefois, et pour compléter mon rapport sur ce point, de réfuter deux objections faites par les auteurs des propositions que je viens d'examiner.

D'abord, dit-on, c'est à la partie qui n'a pas d'avoué à en constituer un autre. Si elle ne le fait pas, elle ne peut imputer qu'à elle-même les suites de sa négligence.

Ensuite, on dit encore : la partie peut vérifier si la rédaction des qualités qui lui sont signifiées nuit à ses intérêts, et, dans ce cas, former opposition.

Je réponds que tout cela fût-il fondé, il n'en résulterait pas moins des lenteurs et des embarras préjudiciables aux intérêts de la partie qui a gagné son procès, et que ce serait d'ailleurs sans aucun bénéfice de temps pour elle qu'on adopterait l'un des modes proposés.

Puis en regard, je place l'avantage que la partie condamnée retirerait de sa résistance, de l'obstacle qu'elle apporterait à l'exécution de la condamnation contre elle prononcée, et quelquefois de l'impossibilité d'agir dans laquelle elle placerait son adversaire.

Mais d'ailleurs, n'est-il donc pas possible, surtout si la partie habite un pays éloigné, qu'au jour de la signification à elle faite des qualités, elle n'ait pas encore été instruite de la cessation des fonctions de son avoué? Le court intervalle qui s'écoule ordinairement entre la prononciation d'un arrêt et la rédaction de ses qualités le permettrait ainsi.

En définitive, comment cette partie, illettrée peut-être, et dans tous les cas n'ayant pas entre les mains le dossier de son affaire, pourrait-elle vérifier l'exactitude des qualités, savoir ce qui a été dit ou fait à 100, 1000, 2 et 3,000 myriamètres de son domicile et demander des rectifications?

Aucune des deux objections ne doit donc prévaloir. En même temps qu'elles ne tendent pas à affranchir la partie qui a gagné son procès des entraves apportées à l'expédition de son arrêt, leur adoption détruirait tous moyens conservatoires des intérêts de la partie condamnée.

§ III. — *Il n'y a lieu à faire aucune signification des qualités lorsque l'avoué a cessé ses fonctions sans qu'un autre ait été constitué à ses lieu et place.*

Pour justifier cette proposition, il suffit de combiner, ainsi que je l'ai dit dans le commencement de ce rapport, les art. 148, 342 et suiv., C. proc. civ., et d'en rapprocher l'article 88 du Tarif des frais et dépens.

En effet, suivant l'art. 343 du Code, lorsque les conclusions ont été respectivement prises à l'audience, les plaidoiries sont réputées commencées et l'affaire est en état; en sorte que, par application du principe écrit dans l'art. 342, le décès, la démission ou la destitution de l'un des avoués de la cause, et même la mort, le changement d'état des parties et la cessation des fonctions dans lesquelles elles procédaient, ne peuvent différer le jugement.

Ces articles me semblent régir la question sur laquelle j'ai à m'expliquer.

Dans le cas posé par l'art. 343, l'affaire est jugée *hors la présence de l'avoué*, sur les conclusions qu'il avait déposées; *mais dans le fait, il n'y a plus d'avoué en cause au jour du jugement*. L'arrêt qui intervient est donc plutôt *définitif que contradictoire*, et il ne peut effectivement être contradictoire avec l'avoué qui a cessé ses fonctions avec le jugement.

D'où la conséquence que, par application de l'art. 88 du Tarif, il n'est pas nécessaire de signifier les qualités de cet arrêt rendu en l'absence d'un avoué.

L'art. 142 du Code, dont l'art. 88 du Tarif n'est que l'application, est d'ailleurs conforme à cette opinion. Il règle les formalités à observer *entre avoués* pour la rédaction des qualités. Ses termes sont exclusifs de toute procédure d'un avoué contre la partie.

Ainsi, il faut dire que dans le cas posé par les art. 342 et 343, C. proc. civ., il n'est pas besoin de signifier les qualités de l'arrêt.

On trouve, au surplus, dans les art. 147 et 148 du même Code, un corollaire de ce prin-

cipe; car ces deux articles, tant par leur rang que par leur objet, sont la suite de la levée de l'arrêt.

Le premier dispose que, *s'il y a un avoué en cause,* le jugement ne pourra être exécuté, *à peine de nullité, qu'après avoir été signifié à avoué,* et que mention de cette signification sera faite dans celle au domicile de la partie.

Le second statue ainsi : si l'avoué est décédé ou a cessé de postuler, *la signification à partie suffira*; mais il y sera fait mention du décès ou de la cessation des fonctions de l'avoué.

Nier que ces deux articles soient applicables à l'arrêt rendu dans les circonstances énoncées aux art. 342 et suiv. du Code serait impossible.

Or comment admettre que l'arrêt sera rendu après que l'avoué qui avait pris ses conclusions aura cessé d'être dans la cause; que cet arrêt pourra même être exécuté sans avoir été signifié à aucun avoué, et que cependant la présence d'un avoué, ou celle de la partie, sera nécessaire pour la rédaction des qualités de l'arrêt ?

Réduire la question à ces simples termes, c'est, je crois, la résoudre.

Je ne pense pas qu'il doive en être autrement si la cessation des fonctions de l'avoué est arrivée dans l'intervalle écoulé entre l'arrêt rendu en sa présence et la rédaction des qualités.

Les art. 147 et 148 du Code s'appliquent nécessairement aux qualités de l'arrêt. Il serait par trop bizarre, en effet, que la cessation des fonctions de l'avoué dispensât de la signification prescrite, *à peine de nullité,* par l'art. 147, et que pour la rédaction des qualités on fût obligé de recourir à l'un des moyens si longs, si difficiles, et peut-être si inefficaces que j'ai combattus dans le second paragraphe de ce rapport.

CONCLUSION.

Si les motifs des art. 142 et suiv., C. proc. civ., sont effectivement ceux que j'ai déduits dans le premier paragraphe, c'est ici le lieu d'indiquer ce qu'il conviendrait de faire pour la conservation des intérêts de tous.

Il faudrait qu'en déposant au greffe les qualités *non signifiées,* l'avoué fût tenu de faire, avant sa signature, *la mention qu'elles n'ont pu être ni signifiées ni réglées, à cause de la cessation des fonctions de l'avoué adverse.* Cette mention, conforme à celle exigée par l'art. 148 pour les significations d'arrêt, serait expédiée dans le corps de la grosse et mise à la marge du premier feuillet. Par ce moyen ces qualités, pas plus que celles d'un arrêt par défaut, ne pourraient jamais être opposées contre l'exception de la chose jugée, la tierce opposition, la requête civile ou le pourvoi en cassation.

Ce mode simple dispenserait de tous frais, et cependant il aurait pour effet de donner aux arrêts une exécution facile, en laissant à la partie condamnée tous les droits qui pourraient lui appartenir.

(*Journal des Avoués.*)

XXXVIII.

Procédure civile.

EXCEPTION.—NULLITÉS. — *A quelle période de l'instance les nullités de procédure doivent-elles être proposées ?*

COMMENTAIRE SUR L'ART. 173 DU CODE DE PROCÉDURE,

PAR ADOLPHE CHAUVEAU, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

Au titre des *Exceptions,* le § 3, intitulé *des nullités,* se compose d'un seul article ainsi conçu :

« Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée
» avant toute défense ou exception autre que
» les exceptions d'incompétence. »

Et l'on trouve, à la fin du Code de procé-

dure, trois articles spécialement destinés à parler des nullités. (Art. 1029, 1030 et 1031.)

D'où nous concluons que le § 3 ne devait pas être intitulé des nullités, mais bien, *à quelle période de l'instance les nullités de procédure doivent être proposées.*

L'art. 173, dont les motifs sont faciles à pénétrer et qui paraît d'une application simple, a cependant donné lieu à d'assez sérieuses difficultés.

§ 1er. Nous n'examinerons point *en quoi consistent les nullités substantielles et les nullités qui ne sont point substantielles.* Cette importante division des nullités ne concerne que la procédure en général et ne peut avoir aucune influence sur l'application de l'art. 173 (1). Si la nullité proposée se rattache à un exploit ou à un acte de procédure, cette nullité, substantielle ou non, est couverte lorsqu'elle n'est point proposée avant toute défense ou exception.

Telle est aussi l'opinion de M. Carré (t. 1er, n° 753); il concilie parfaitement avec cette doctrine un arrêt de la cour de cassation du 24 décembre 1811, qui semble contraire au premier examen.

Le même auteur (t. 1er, n° 746, et M. Boitard, t. 2, p. 50) donnent pour exemples des actes de procédure autres que les exploits introductifs, les procédures d'enquête; nous acceptons complétement leur explication. C'est aussi ce qui a été décidé en thèse générale par un arrêt de la cour de Besançon, du 30 mai 1828.

Le 22 décembre 1813, la cour d'Orléans avait jugé avec raison que les actes d'appel devaient être considérés comme des actes de procédure. (J. A., t. 12, p. 495.)

L'art. 173 comprend tous les exploits judiciaires ou extrajudiciaires, d'où il résulte que la cour de Rennes a jugé à tort, le 28 avril 1813 (J. A., t. 19, p. 173), que la nullité d'une consignation n'est pas couverte par une procédure ultérieure; notre opinion a pour appui un arrêt de la cour de cassation du 5 décembre 1826. (J. A., t. 42, p. 267.)

Nous pensons néanmoins avec M. Thomine-Desmazures, t. 1er, p. 327, que dans le cas où un acte irrégulier, nul en lui-même, ne peut plus être attaqué, il est du devoir du juge de tenir compte des circonstances, notamment en matière d'enquête, lorsqu'il rend la décision sur le fond.

La disposition de l'art. 173 a été étendue à la procédure de cassation, par un arrêt du 21 juin 1815. (J. A., t. 12, p. 501.) La cour suprême puise souvent ses motifs de décider, pour sa procédure particulière, dans les dispositions du Code de procédure.

§ 2. La controverse n'est plus permise sur *l'assimilation que quelques praticiens avaient essayé d'introduire des nullités d'exploits ou d'actes de procédure aux nullités de titres, de conventions, d'obligations.*

Telle est aussi l'opinion de MM. Thomine-Desmazures, t. 1er, p. 326; Favard de Langlade, t. 2, p. 468; Boitard, t. 2, p. 53, et Boncenne, t. 3, p. 266: « Il est d'autres espèces de nullités, dit ce dernier auteur, qui, » sans effleurer la forme des actes, s'attaquent » au fond des choses, au titre, générateur de » l'action, à la qualité, à la capacité, à l'intérêt de la personne qui l'exerce.

» Mais ces nullités ne sont plus seulement » des fins de *non-procéder,* des barres mises » en travers, *quasi cancelli qui circumscribunt,* elles sont des fins de non-recevoir, » de véritables défenses, *arietes qui infringunt,* qui battent et détruisent à la fois et » sans retour l'instance et l'action; elles peuvent être proposées en tout état de cause. »

Le 4 avril 1810 (J. A., t. 12, p. 473), la cour de cassation a posé le principe en décidant que l'art. 173 est inapplicable au cas où on veut prouver le défaut d'intérêt et dans lequel il ne s'agit de nullité d'aucun acte de procédure.

Application du même principe a été faite par la même cour, le 1er mai 1815, en matière d'inscription hypothécaire. (J. A., t. 12, p. 500.)

La cour de Lyon a été plus loin, car elle a décidé, le 9 juillet 1830, que l'exception de payement pouvait être opposée, encore que le jugement qui condamnait à payer fût passé en force de chose jugée. (J. A., t. 44, p. 192.)

Enfin il a fallu deux arrêts pour consacrer ce principe élémentaire, que la partie qui reconnaît un point de droit comme vrai, peut néanmoins contester jusqu'à la décision définitive, et qu'elle n'acquiesce pas d'avance à un jugement rendu contrairement à la loi. (Cour supérieure de Belgique, arrêts des 29 novembre 1822 et 29 mars 1826, *Journ. des arrêts* de cette cour, t. 2 de 1822, p. 15, et t. 1er de 1826, p. 293.)

Le 10 avril 1807, la cour de cassation a assimilé la nullité des procès-verbaux des droits réunis à une nullité du titre même de l'action, par conséquent péremptoire et proposable en tout état de cause. (J. A., t. 12, p. 447.)

Mais une difficulté plus sérieuse a été soulevée à l'occasion du bénéfice de discussion qui

(1) Cet examen est naturellement réservé au commentaire de l'art. 1030.

peut être réclamé par une caution en vertu de l'article 2022, C. civ.

La cour de Paris a jugé, le 21 avril 1806, que cette exception devait être proposée *in limine litis*. (J. A., t. 12, p. 442.)

MM. Pailliet, dans son Manuel sous l'art. 2022, et Favard de Langlade, v° *Cautionnement*, sect. 1re, § 2, art 1er, s'élèvent avec raison contre cette jurisprudence.

Il est évident, selon nous, que c'est là une exception péremptoire qui ne tient nullement à la forme d'une procédure judiciaire ou extrajudiciaire. Et du reste, comme l'ont fait observer les auteurs que nous venons de citer, la discussion révèle suffisamment le sens que le législateur a voulu attribuer à ces mots : *sur les premières poursuites*. Dans la première rédaction du conseil d'État, l'article portait que *le créancier ne serait obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requerrait*. Cette rédaction parut trop vague au tribunat, qui pensa fort sagement que le créancier ne doit pas être le jouet du caprice de la caution, et en adoptant cette pensée, le conseil d'État ajouta ces mots : *sur les premières poursuites dirigées contre elle*.

Nous pensons également avec les cours de cassation et de Colmar, arrêts des 24 février 1825 et 14 juillet 1836 (J. A., t. 29, p. 58, et t. 52, p. 29), que la nullité d'une délibération de conseil de famille peut être proposée, en tout état de cause, par celui dont l'interdiction est poursuivie, parce que, comme l'a dit la cour de cassation, cette nullité constitue une exception péremptoire.

§ 3. *S'il est vrai de dire que les jugements ou ordonnances des juges doivent être considérés comme des* actes de procédure, *les nullités qui les concernent appartiennent-elles à l'ordre public ou doivent-elles être proposées avant toutes défenses au fond?*

D'abord, il faut poser en principe, parce que c'est un point incontestable établi par une jurisprudence uniforme, que la cour de cassation accueille les moyens tirés d'un vice de rédaction dans les jugements ou d'une composition illégale du tribunal qui les a rendus. Ainsi la cour annule des arrêts non motivés ou rendus par d'autres juges que ceux qui ont assisté aux conclusions, etc.

De là une conséquence irrécusable, c'est que ces nullités sont d'ordre public, peuvent être proposées en tout état de cause, et doivent être suppléées par le juge.

C'est ce qui nous paraît avoir été jugé par la cour de Bourges, le 16 janvier 1826 (*Journal des arrêts* de cette cour, 1826, p. 197), par la cour de Toulouse, le 24 janvier 1825 (J. A., t. 30, p. 15), et par la cour de Poitiers le 21 mars 1827. (J. A., t. 33, p. 366.)

Cependant on peut opposer à cette doctrine plusieurs arrêts qui ont jugé que l'art. 173 était applicable aux nullités de jugement, notamment ceux de la cour de Rennes du 10 décembre 1813, de la cour d'Orléans du 22 décembre 1813, de la cour de Bourges des 31 décembre 1814 et 31 juillet 1829, de la cour de Rennes du 20 avril 1820, de la cour de Toulouse du 6 août 1827, et de la cour de Bordeaux du 28 mai 1829. (J. A., t. 12, p. 493 et 495; t. 35, p. 310; *Journal des arrêts* de Bourges, 1829, p. 124, *Journal des arrêts* de Bordeaux, 1829, p. 359.)

Tout en persistant dans notre opinion, nous n'allons pas jusqu'à soutenir qu'on puisse proposer devant la cour de cassation, pour la première fois, la nullité du jugement de première instance dont on n'a pas parlé en appel. Dans ce cas, la procédure régulière suivie en appel et l'arrêt intervenu nous semblent péremptoirement couvrir toute espèce de nullité du jugement. Telle est la jurisprudence de la cour de cassation conforme à la doctrine des auteurs. (*V.* arrêts du 11 frimaire et 4 nivôse an 9, et 30 novembre 1831; J. A., t. 12, p. 425 et 428, et t. 43, p. 530.)

Et nous approuvons également un arrêt de la cour de Poitiers, du 8 juillet 1830, qui a décidé qu'une partie ne pouvait pas demander en appel la nullité d'un jugement qu'elle avait exécuté spontanément.

§ 4. *Il existe en pratique une autre fin de non-recevoir, tirée de la déchéance, de l'expiration des délais impartis pour intenter une action; des délais d'opposition et d'appel; de l'acquiescement, etc., celle qu'on qualifie de* péremptoire; *l'art.* 173 *devra-t-il lui être appliqué pour déterminer l'époque où elle ne sera plus proposable?*

1° Évidemment non. Les termes de l'article 173 repoussent l'affirmative : ou il s'agit d'un droit concernant le fond comme un acquiescement direct ou indirect, ou de la prescription du droit lui-même, comme l'expiration du délai imparti par la loi pour agir; dans aucun cas, on ne demandera la nullité d'un exploit ou d'un acte de procédure ; on opposera les moyens péremptoires appelés si énergiquement, par M. Boncenne, *arietes qui infringunt*. Cependant ces moyens ne pourront pas être invoqués en tout état de cause.

Ce n'est plus, il est vrai, l'art. 173 qui régira la matière, mais bien les principes généraux qui permettent d'opposer à un plaideur sa renonciation implicite à un droit ouvert en

sa faveur et le texte de l'art. 2224, C. civ., ainsi conçu (1) :

« *La prescription peut être opposée en » tout état de cause, même devant la cour » royale, à moins que la partie qui n'au- » rait pas opposé le moyen de la prescrip- » tion ne doive, par les circonstances, être » présumée y avoir renoncé.*

Ces principes, une fois admis, expliqueront les variations apparentes de la jurisprudence dans certaines espèces qui offriraient des contradictions choquantes, si on voulait les rattacher toutes à l'art. 173, C. proc. civ.

2° La difficulté, en cour de cassation, se réduira à une question de fait, à moins que les jugements ou arrêts attaqués n'aient basé leur décision sur l'art. 173 pour en conclure que la déchéance a été couverte par un acte de défense sur le fond.

Ainsi, le 9 janvier 1827, la cour de cassation, chambre civile, a rejeté un pourvoi dans lequel était soulevée la question de savoir si la partie qui a défendu au fond sur l'opposition à un jugement par défaut, peut encore opposer la tardiveté de cette opposition, en se fondant sur ce que *la cour royale qui, des conclusions prises devant les premiers juges, a induit une renonciation à la déchéance de l'opposition, et qui a décidé, par suite, que l'exception de chose jugée était couverte par les propres actes du demandeur, n'avait d'un côté rendu qu'une décision en point de fait, et d'un autre côté n'avait violé ni pu violer aucune loi.* (J. A., t. 33, p. 56.)

Le 1er juillet 1834 (J. A., t. 46, p. 626), la cour de cassation a maintenu sa jurisprudence en posant en principe qu'il est toujours permis à la partie qui a comparu de renoncer, dans son intérêt particulier, à la déchéance de l'opposition, en concluant et plaidant au fond, et en ne soutenant cette fin de non-recevoir qu'en appel.

Le 22 mars 1837, la même cour a reconnu les mêmes principes en matière de péremption en justice de paix (J. A., t. 52, p. 355), quoique le demandeur soutînt que, par ses conclusions en nouvelle expertise, il n'avait pas pu renoncer à la péremption qui lui était acquise, parce qu'elle était d'ordre public et acquise de plein droit (art. 15, C. proc. civ.); il citait la discussion au conseil d'État.

Toutefois on peut invoquer dans l'opinion contraire un arrêt de la cour de Rouen du 26 novembre 1824. (J. A., t. 32, p. 174.)

3° *L'exception de la chose jugée* a un caractère spécial qui nécessite une distinction. Dans tous les cas, l'art. 173 est inapplicable : mais, dans certaines positions, une partie peut être censée avoir renoncé au bénéfice de la chose jugée; dans d'autres, au contraire, il faut une renonciation expresse, parce qu'il résulte en faveur de la partie qui présente cette exception une présomption légale que de simples présomptions contraires implicites ne peuvent pas détruire.

Donnons des exemples : si la chose jugée résulte d'un jugement rendu entre les mêmes parties, sur les mêmes choses (art. 1351, C. civ.), ce moyen péremptoire pourra être opposé au dernier acte de la procédure comme au premier; jamais il ne pourra l'être en cassation (2); il est inexact de prétendre que le respect de la chose jugée dans une espèce particulière tient à l'ordre public, les juges ne pourront donc pas la suppléer d'office, parce qu'il peut être permis à une partie de renoncer au bénéfice d'un jugement qu'elle reconnaît, ou nul en la forme, ou entaché d'illégalité quant au fond.

Dans le cas, au contraire, où la chose jugée n'existerait qu'à cause de l'expiration d'un délai d'opposition ou d'appel, celui au bénéfice de qui elle serait acquise peut y renoncer; c'est une prescription ouverte en sa faveur : ici s'applique l'art. 2224; et comme il s'agit uniquement de la question de savoir si la renonciation au bénéfice du délai est ou n'est pas acquise, les juges auront alors un pouvoir appréciateur, dont ils ne doivent pas abuser; ils peuvent trouver, dans des défenses sur le fond, reproduisant fidèlement la date de la signification du jugement, la preuve que l'intimé a renoncé à la déchéance de l'appel. Cependant ils doivent avoir constamment en vue ce principe, que nul n'est censé légèrement renoncer à un droit ouvert en sa faveur; autrement, si l'art. 173 n'était pas appliqué dans son texte, ce serait son esprit dont on ferait l'application (3).

(1) M. Carré, t. 1er, n° 665, a pensé avec raison que les juges ne pouvaient pas d'office suppléer de semblables exceptions. La cour de cassation nous paraît donc avoir sainement jugé en décidant, le 29 avril 1826, que celui qui exécutait un jugement non exécutoire par provision avant l'expiration de la huitaine, à dater de la prononciation, n'était pas recevable à proposer la nullité d'un appel interjeté avant l'expiration de ce délai. (J. A., t. 31, p. 316.)

(2) Telle est la jurisprudence constante de la cour de cassation. (*V.* deux arrêts, l'un du 10 juillet 1827, J. A., t. 34, p. 57, l'autre du 19 juillet 1837, J. A., t. 53, p. 629.)

(3) En matière correctionnelle, le 27 septembre

Cette distinction, qui nous paraît fort simple, n'est pas admise sans de vives controverses.

Voici comment M. Carré s'est exprimé t. 2, n° 1595 :

« La cour de Turin s'est prononcée pour l'affirmative, dans un arrêt du 6 juillet 1808 (*V.* Denevers, 1809, *supp.*, p. 38). Elle donne pour motifs que la déchéance n'est substantiellement qu'une exception d'incompétence absolue des juges d'appel, non comprise et même spécialement réservée par l'art. 173, C. proc. civ.; que cette exception est conséquemment proposable en tout état de cause, comme fondée sur des principes d'ordre public d'après lesquels il n'appartient aucunement aux parties de proroger, par leur fait, la juridiction au delà des termes fixés par la loi.

» Nous remarquerons que cet arrêt est absolument conforme à la doctrine professée par M. Merlin, dans ses *Questions de droit,* au mot *Appel,* § 9. Du moins, ce savant jurisconsulte maintenait (*V.* p. 115 jusqu'à la fin, nouvelle édition de son *Recueil*) que les juges devaient suppléer d'office l'exception péremptoire résultant de ce que le jugement appelé avait acquis l'autorité de la chose jugée, par suite de l'expiration du délai d'appel. Or, à plus forte raison, une semblable exception pourrait-elle être proposée en tout état de cause.

» M. Merlin nous apprend, à la vérité, p. 121, que ses conclusions ne furent pas suivies; mais il suffit de lire l'arrêt qu'il rapporte immédiatement, sous la date du 21 thermidor an IX, pour se convaincre que la cour se détermina particulièrement par la considération de fait qu'il ne paraissait pas clairement prouvé qu'il y eût lieu dans l'espèce à la fin de non-recevoir dont il s'agit. Au reste, un arrêt postérieur, du 3 brumaire an X, a confirmé les principes sur lesquels M. Merlin avait basé ses conclusions lors du premier arrêt, et il est à remarquer qu'on y trouve les motifs énoncés dans l'arrêt de la cour de Turin, ci-dessus rapporté.

» Ainsi, nous ne faisons pas de doute sur l'affirmative de la question que nous avions à résoudre. On sent bien que nous ne saurions mieux faire que de renvoyer, pour le développement des raisons de décider ainsi, au réquisitoire de M. Merlin sur l'arrêt du 21 thermidor (*Cass.*, 3 brumaire an X, S., t. 7, p. 785). »

M. Carré s'est étayé de l'autorité de M. Merlin, qui lui manque aujourd'hui; car dans son tome 16 (*Additions*), p. 86, ce savant magistrat déclare qu'à l'époque où il a écrit son réquisitoire, l'art. 2223, C. civ., n'existait pas.

Conçoit-on, en effet, qu'il ne soit pas permis aux juges de suppléer le moyen de prescription du fond du droit, et qu'ils puissent suppléer une déchéance résultant de l'expiration d'un délai?

M. Merlin s'était appuyé sur ce qu'en matière de péremption, elle avait lieu de plein droit, et, qu'en ce cas aussi, le juge pouvait la suppléer.

Comme l'a fort bien fait observer M. Favard de Langlade, t. 1er, p. 175, sect. 1re, § 2, n° 16, qui combat l'opinion de M. Merlin par des raisonnements sans réplique, l'art. 399 est venu, comme l'art. 2223, répondre à cette considération basée sur ce qu'on voulait arriver, par tous les moyens possibles, à tarir la source des procès. C'est cependant ce motif qui a déterminé M. Dalloz aîné, dans sa *Collection alphabétique*, t. 2, p. 513, a accorder aux juges le pouvoir exorbitant que nous leur dénions, même dans le cas où la chose jugée résulte d'une décision déjà rendue en cour souveraine et devenue inattaquable.

Comment le juge peut-il d'office déclarer que les délais sont expirés, lorsqu'il ignore si la signification de la sentence attaquée est valable ou nulle? Cette signification, fût-elle, en apparence, revêtue de toutes les formes légales, pourrait être frappée d'inscription de faux dans le cas où l'intimé chercherait à s'en prévaloir pour faire prononcer la déchéance.

C'est donc *ultrà petita* que les juges prononcent en ce cas, contrairement aux textes les plus formels de nos lois civiles et de procédure.

MM. Poncet, t. 1er, p. 459, n° 281, et p. 513, n° 314; Pigeau, *Commentaire*, t. 2, p. 10, note 1, n° 5, et Boitard, t. 3, p. 54 et suiv., embrassent la première opinion de M. Merlin et celle de M. Dalloz.

M. Boitard termine en disant qu'il n'est pas douteux que d'office la chambre des requêtes ne rejette un pourvoi formé après les délais; c'est une erreur grave; la connaissance de la législation relative à la cour suprême suffit pour s'en convaincre. On ne doit pas supposer que le demandeur qui ne se trouvera plus dans les délais, aura la bonhomie de produire

---

1828, la cour de cassation a pensé avec raison que la nullité d'un acte d'appel, résultant de ce que dans les dix jours il n'aurait pas été consigné au greffe, peut être proposée pour la première fois dans la seconde cour où l'affaire est renvoyée par suite de cassation. (J. A., t. 36, p. 44.)

la copie qui lui a été signifiée à personne. En vain la cour aurait-elle, par une voie indirecte, la preuve que les délais étaient expirés, elle n'en admettrait pas moins le pourvoi s'il y avait lieu, parce qu'elle ne connaît l'affaire que par les pièces produites par le demandeur. Si l'on suppose que le demandeur a produit la copie à lui signifiée sans en critiquer la régularité, la cour alors prononcera un rejet, non pas par le motif tiré de l'ordre public, mais parce qu'en l'absence du défendeur la cour supplée tous les moyens qu'il proposerait lui-même et qui ressortent des pièces produites. M. Boitard cite un autre cas, celui où l'appel porterait sur une matière au-dessous de 1,000 fr.; cet exemple ne nous paraît pas encore heureusement choisi, car il est reçu en doctrine que les juges peuvent d'office se déclarer incompétents, même dans le cas d'une incompétence personnelle provenant soit du domicile, soit de la qualité des parties, parce qu'on ne peut pas forcer un juge à juger autre chose que ce qui lui est attribué par la loi, et de plus il s'agirait alors d'une incompétence matérielle que le juge est tenu d'office de reconnaître.

M. Thomine Desmazures, au contraire, t. 1er, p. 679, répond en quelques lignes, que nous croyons devoir transcrire ici :

« On a porté la rigueur, sur ce point, jusqu'à prétendre que les juges pouvaient et devaient d'office prononcer cette déchéance, lors même qu'elle ne serait pas opposée. On cite l'opinion de l'auteur du *Répertoire de jurisprudence* et l'autorité d'un arrêt de cassation, rendu sous l'empire de la loi du 16 août 1790; mais nous ne pouvons admettre cette doctrine; c'est dans l'intérêt de celui qui a gagné son procès, c'est afin qu'il obtienne promptement sa tranquillité, que cette déchéance est prononcée; c'est une fin de non-recevoir qu'il peut opposer comme la prescription; qu'il ait le droit de le faire en tout état de cause, à la bonne heure; mais les juges ne doivent ni ne peuvent, à notre opinion, suppléer d'office une telle exception, qui, évidemment, n'est pas d'ordre public. »

Quant à la jurisprudence, on a déjà vu, par deux arrêts de 1827 et de 1834, relatifs à une opposition, qu'elle devait tendre à ne pas donner à l'exception de la chose jugée le caractère d'une exception d'ordre public. Voici des décisions plus spéciales.

C'est à tort que M. Carré a posé en fait que l'arrêt du 3 brumaire an x a jugé la question dans le sens des conclusions de M. Merlin; on peut consulter cet arrêt et celui du 21 thermidor an ix, dans le J. A., t. 3, p. 58, et, comme l'a fait observer M. Favard de Langlade, on verra que ces deux arrêts apprécient plutôt le fait que le droit.

Un arrêt assez récent de la cour de cassation, du 30 novembre 1830 (J. A., t. 40, p. 308), a consacré notre opinion par des motifs qui accordent expressément au juge le pouvoir d'examiner les faits desquels devra résulter la fin de non-recevoir contre l'exception de tardiveté. « Attendu, a dit la cour, que la fin de non-recevoir résultant de ce que l'appel a été interjeté tardivement, repose sur une prescription acquise, à laquelle la partie qui avait le droit de s'en prévaloir a la faculté de renoncer; — Attendu que la commune de Saint-Albin avait renoncé à cette fin de non-recevoir en défendant au fond, sans exciper de la déchéance de l'appel, ni faire de réserve à cet égard, et en acquiesçant à l'arrêt interlocutoire du 10 juin 1824 qui avait admis cet appel. »

Toutefois la cour de Turin, le 7 juillet 1808; la cour de Bourges, le 26 juillet 1810; la cour de Nîmes, le 12 décembre 1820, et la cour de Poitiers, le 12 août 1823 (J. A., t. 3, p. 61, 62 et 178, et t. 25, p. 303), ont rendu des arrêts en sens contraire et décidé que l'exception de chose jugée était d'ordre public. On peut aussi consulter un arrêt de la cour de Rennes du 7 février 1815. (J. A., t. 12, p. 498.)

La cour de Bruxelles s'est prononcée dans le même sens, le 15 juillet 1821 (*Journ. des arrêts* de cette cour, t. 2 de 1824, p. 404), dans une espèce où il s'agissait de la chose jugée résultant d'un jugement précédemment rendu, et non de l'expiration d'un délai.

Dans cette dernière hypothèse, deux arrêts ont décidé que l'exception de chose jugée pouvait être proposée en tout état de cause : arrêts de Besançon, du 15 juin 1807, et de Bordeaux, du 15 janvier 1834. (J. A., t. 12, p. 448, et t. 50, p. 376.)

La cour de Grenoble nous paraît avoir été bien loin en décidant, le 11 février 1813, que l'exception résultant de ce que l'appel d'un jugement a été interjeté dans la huitaine de la date, peut être proposée en tout état de cause parce qu'elle est d'ordre public. (J. A., t. 12, p. 490.)

Nous en dirons autant d'un arrêt de la cour de Bruxelles, du 14 avril 1829 (J. A., t. 37, p. 157), qui permet aux juges de suppléer d'office l'exception résultant de ce que la voie d'opposition aurait été ouverte au moment de l'appel.

Aussi pensons-nous qu'il a été bien jugé par la cour de Rennes, le 6 janvier 1836 (J. A., t. 52, p. 186), quand elle a décidé que le défaillant ne peut opposer pour la première fois en appel, lorsqu'il est censé y avoir re-

noncé, la péremption d'un jugement par défaut.

4° Il ne faut pas confondre, comme nous l'avons déjà dit en examinant l'opinion de M. Boitard, l'*expiration des délais avec l'exception basée sur le dernier ressort;* dans ce dernier cas il y a incompétence matérielle d'ordre public, par conséquent proposable en tout état de cause et pouvant être suppléée par le juge.

C'est ce qui a été jugé par les cours de cassation, le 17 nivôse an XIII et 23 mars 1808 (J. A., t. 12, p. 454, et t. 19, p. 99); de Riom, le 25 août 1812; d'Orléans, le 25 mars 1819; de Rennes, le 3 août 1819; de Grenoble, le 23 juin 1820; de Toulouse, le 24 novembre 1823; de Bordeaux, le 30 janvier 1827; de Corse, le 2 avril 1827; de Bourges, le 2 janvier 1830. (J. A., t. 12, p. 513; t. 19, p. 168; t. 25, p. 365; t. 32, p. 197; t. 34, p. 102, et t. 40, p. 31.)

5° M. Carré, t. 1er, n° 751, pense que *l'exception résultant de l'acquiescement peut être proposée en tout état de cause,* et il va même jusqu'à soutenir que le juge peut et doit la suppléer. Nous n'adoptons point cette extension du pouvoir accordé au juge; mais l'exception nous paraît tellement péremptoire, qu'elle doit être à nos yeux comparée à la chose jugée fondée sur un jugement antérieur à une nouvelle instance. (*V.* ci-dessus §§ 3 et 4.)

A l'arrêt cité par M. Carré, il faut ajouter deux arrêts, l'un de la cour de Paris, du 21 octobre 1813, l'autre de la cour de Nîmes, du 21 août 1823, rendus dans le même sens (J. A., t. 1er, p. 183, et t. 24, p. 281), et un arrêt conforme de la cour de Bruxelles, du 30 juin 1818 (*Journ. des arrêts* de cette cour, 1818, t. 2. p. 62).

6° Dans la classe des fins de non-recevoir péremptoires, proposables en tout état de cause, tenant plutôt au droit civil qu'à la procédure, et auxquelles la partie qui les invoque ne doit être censée avoir renoncé que sur des manifestations formelles, mais non sur des actes de procédure, on range les exceptions résultant 1° de l'expiration des délais de surenchère (*arrêt* de Riom, du 26 mai 1818; J. A., t. 12, p. 509, et M. Carré, t. 1er; n° 751, à la note); 2° de l'expiration du délai accordé pour une action en désaveu d'enfant légitime (*arrêt* d'Agen, du 28 mai 1821; J. A., t. 20, p. 196); 3° de l'expiration du délai accordé pour la notification d'un protêt (*arr. cass.,* du 29 juin 1819; J. A., t. 15, p. 459); 4° de l'expiration du délai pour la demande en rescision d'une vente (*arr. cass.,* 13 octobre 1807; J. A., t. 12, p, 452).

Dans cette dernière espèce, la cour de cassation a pensé que la réunion des *circonstances énoncées dans l'arrêt attaqué avait pu autoriser la cour royale à décider que le demandeur avait été présumé avoir renoncé à la fin de non-recevoir.* — Il y avait un jugement ordonnant une expertise et nomination d'un expert par le demandeur.

Sur la question de protêt, la cour de Bordeaux a décidé, le 14 mars 1828 (S., t. 28, 2e part., p. 170), qu'en appel cette exception ne pouvait être proposée, *lorsqu'en première instance on s'était borné à demander délai pour le payement.*

§ 5. *S'il s'agit d'un défaut de qualité, l'exception pourra-t-elle être proposée en tout état de cause?*

Nul doute ne peut s'élever sur l'affirmative qui a été consacrée unanimement par la jurisprudence (1), nous n'indiquerons ici que les arrêts de la cour de cassation, des 21 vendémiaire an XI, 24 vendémiaire an XII, 31 août 1831, et 11 juin 1833 (J. A., t. 12, p. 433 et 435; t. 41, p. 649, et t. 46, p. 345).

Quant aux arrêts nombreux émanés des cours royales, on peut consulter notre *Dictionnaire général de procédure,* v° *Exception,* nos 81, 88, 89, 90, 93, 94, 95, et J. A, t. 50, p. 379, et t. 51, p. 478. Telle est aussi l'opinion de tous les auteurs.

Cependant il ne faut pas décider que l'exception résultant du défaut de qualité ne peut pas être couverte; elle peut l'être par une reconnaissance directe ou explicite de la part de la partie assignée. Cette fin de non-recevoir étant complétement subordonnée aux circonstances, nous ne pouvons proposer de règle fixe. Nous nous contenterons d'indiquer trois arrêts, l'un de la cour de Toulouse du 26 mars 1814, les deux autres de la cour de Bordeaux, des 29 mars 1828 et 23 août 1832 (J. A., t. 26, p, 177, et t. 44, p. 242, et *Journal des arrêts* de la cour de Bordeaux, t. 3, p. 184).

§ 6. *Que décidera-t-on, lorsqu'il s'agira de nullités qui s'attaquent au mode d'introduire l'action?*

On sera forcé d'adopter alors une distinction dont le principe se trouve dans la nature des choses, et dans l'art. 170 du Code; aucune défense au fond ne peut couvrir une incompétence matérielle, dit cet article; le motif est que les juridictions tiennent à l'ordre pu-

(1) Un seul arrêt du 15 mars 1808, de la cour de cassation, basé sur des faits spéciaux, paraît s'écarter de la doctrine généralement admise (J. A., t. 12, p. 433).

blic. Toutes les fois qu'une exception tendant à faire annuler un acte de procédure se rattachera à des motifs d'ordre public, elle pourra être proposée en tout état de cause, malgré les termes restrictifs de l'art. 173.

Si l'on pense, comme nous et comme M. Carré, que l'essai de conciliation est d'ordre public, l'exception de nullité du premier acte de la procédure résultant de ce qu'il ne donne pas copie du procès-verbal de conciliation sera proposable en tout état de cause, même en appel.

C'est ainsi qu'il a été décidé que le défaut d'autorisation de communes était d'ordre public.

Nous pensons néanmoins, avec la cour de cassation, que l'on ne peut, après avoir conclu au fond, exciper de ce qu'une instance au pétitoire a été intentée avant la fin de celle pendante au possessoire (*arrêt* du 13 avril 1833), et, avec la cour de Bourges, que des conclusions au fond couvrent également la fin de non-recevoir tirée de ce que le demandeur au pétitoire n'a pas exécuté le jugement rendu contre lui au possessoire (J. A., t. 38, p. 26).

Une loi du 28 octobre 1790, art. 15, tit. 3, exige qu'un mémoire soit soumis au préfet, avant toute introduction d'une instance contre le domaine. Les cours, qui ont pensé que cette formalité était d'ordre public, ont permis au domaine de demander la nullité de l'exploit introductif en tout état de cause (arrêts de Nîmes du 16 décembre 1830; de Bourges, 16 août 1831, et de Poitiers, 27 juillet 1832; J. A., t. 40. p. 136; t. 42, p. 167, et t. 43, p. 303).

Mais, sur notre plaidoirie, le 4 août 1835 (J. A., t. 49, p. 715), la cour de cassation se déclarant pour le principe contraire, a jugé que la nullité avait été couverte par les défenses sur le fond.

Le 24 août 1831, la cour de Bordeaux a décidé avec raison, selon nous, que l'exception tirée de ce que le demandeur agit frustratoirement pour se procurer un nouveau titre, quand il en avait déjà un valable, ne pouvait pas être proposée pour la première fois en appel, parce qu'elle n'attaquait que le mode d'exercice du droit, et non le droit lui-même (J. A., t. 42, p. 101).

§ 7. Une difficulté ou du moins une question qui a paru fort grave à nos maîtres, et qui a fait tomber les deux plus célèbres dans une contradiction évidente, doit être l'objet d'un examen sérieux; la voici: « *Lorsqu'une nullité d'un acte de procédure repose sur un vice qui doit faire supposer que l'assigné n'a pas reçu sa copie, sa présence* (l'exploit en main) *couvre-t-elle cette nullité?* »

Qu'on lise *Les lois de la procédure* de M. Carré, t. 1er, nos 644 et 744, et qu'on nous dise s'il n'émet pas deux propositions contradictoires. Ce qui le prouve encore, c'est qu'au titre des jugements par défaut, M. Boncenne, t. 3, p. 52, combat la solution de M. Carré, et qu'au même tome, p. 295 et suiv., M. Boncenne, qui change d'opinion, s'élève contre la doctrine de la question 744 du même auteur.

Quelle bizarrerie, et combien donne à réfléchir cette contrariété en sens inverse des opinions de deux hommes aussi haut placés dans la science!...

Au titre des jugements par défaut, M. Boncenne, après avoir fait apercevoir que, vouloir prononcer la nullité de la signification d'un jugement par défaut, faite par un huissier non commis lorsque la partie tient à la main le jugement signifié, *c'est comme si l'on demandait une caution après le payement de la dette; que toute sûreté est acquise, et que la nullité ne serait plus qu'une rigueur sans objet, un effet sans cause*, cite l'arrêt de 1813 et ajoute : *Cependant la rigueur du droit a fait pencher M. Carré vers l'opinion contraire; c'est être trop rigide.* Laissons maintenant M. Boncenne lui-même développer avec sa prodigieuse facilité la thèse contraire, car il nous serait impossible de mieux exprimer cette opinion, qui est la nôtre:

« Mais on va dire : constituer un avoué, poursuivre l'audience, réclamer une remise, etc., c'est fort ostensiblement faire acte de comparution. Or l'ajournement a été donné pour que l'ajourné vînt se défendre. Le voici venir; il a donc exactement reçu le cartel judiciaire; il a donc reconnu la voix qui l'appelait; il s'est donc appliqué lui-même les énonciations servant à désigner celui qui était appelé; il n'a donc point été induit en erreur ni en doute sur le lieu, sur le jour où il devait se présenter. N'est-ce pas tout ce que voulait la loi? et n'est-il pas déraisonnable qu'une personne assignée puisse se présenter devant les juges, l'exploit à la main, pour conclure à ce qu'il soit déclaré nul?

» Il est vrai que la doctrine de nos vieux maîtres ne le tolérait point. Consultez Imbert, Mazuer et Fontanon, ils vous répondront que « l'effet de l'ajournement est la *comparution* » de la partie ajournée; que l'ajournement » étant nul pour quelque défectuosité, si la » partie est *comparue* en vertu d'icelui, il » est parvenu à l'effet et cause finale qui lui » est propre; conséquemment, la nullité est » couverte et l'acte valable, *non ratione ci-* » *tationis, sed ratione præsentiæ.* » C'était une pratique générale, Voët l'enseignait à

Leyde, Mynsinger à Fribourg, André Gaill et Sébastien Vant à Cologne.

» Toutefois, l'ordonnance de 1667 a voulu que les nullités d'exploit fussent cotées dès l'entrée de la cause comme un préalable, et qu'autrement elles demeurassent couvertes par *les défenses* et règlements de la contestation.

» L'art. 173, C. proc. civ., y est conforme : et comment serait-il possible de *préalablement coter* ou *proposer* une nullité, si l'on n'a pas commencé par comparaître? C'est l'observation que tout le monde s'accorde à faire aujourd'hui.

» Avant d'examiner ce point, il faut distinguer et ne pas rattacher à la question générale toutes les espèces de défectuosités qui peuvent vicier un ajournement.

» Sans peine on comprendra qu'il n'y a rien de contraire à l'ordre naturel des idees, quand je viens à l'audience demander la nullité d'un ajournement qui ne contient ni l'objet de la demande, ni l'exposé sommaire des moyens : car ce n'est pas là seulement le mépris d'une forme servant à constater le fait de l'assignation, c'est la suppression du droit de défense et de ses garanties les plus sacrées; c'est m'appeler au tribunal et requérir que j'y sois condamné, sans que je sache à quoi, pourquoi et sur quoi. L'ajournement est bien parvenu à sa cause finale, quant à ma comparution, mais non en ce qui touche la préparation et la sauveté de ma défense. Lorsque j'apporte une plainte contre une tentative de guet-apens, il serait trop absurde de supposer que je l'approuve.

» Relativement aux autres nullités que peut faire éclore le défaut d'énonciation suffisante des noms, du domicile, du *parlant à*, etc., il faut tâcher d'expliquer cette disposition, contre laquelle les arguments se heurtent et se brisent, qui permet à l'ajourné de venir dire à la barre qu'il a fort exactement reçu l'ajournement, mais que ce doit être comme s'il ne l'avait pas reçu, parce que toutes les règles prescrites pour lui en assurer la remise n'ont pas été strictement observées.

» Dans les commentaires, dans les arrêts, je n'ai point trouvé de réponse à tous les griefs que peut étaler là-dessus la logique de l'équité, sinon que c'est une vaine lutte contre la lettre de la loi.

» J'avoue que cette lettre de la loi m'a tenu longtemps en échec, tandis que, fidèle à mon plan, je voulais percer l'épaisse enveloppe qui doit recouvrir ses motifs.

» Voici ce qui m'est apparu :

» Si le législateur n'eût neutralisé l'entraînement de cette conséquence qui fait couvrir, par la comparution, les nullités relatives à la remise de l'assignation et aux doutes que produisent des indications imparfaites, le défendeur mal assigné se serait bien gardé de comparaître et n'aurait jamais manqué de se laisser condamner par défaut. Puis il aurait toujours attendu que le jugement eût été expédié, signifié et exécuté, car on a jusqu'à l'exécution pour se montrer et s'opposer; alors seulement il aurait formé son opposition fondée sur la nullité de l'assignation, disant qu'il ne l'avait point reçue; et toutes ces procédures de défaut, d'expédition, de signification, d'exécution et de second jugement qui rétracte le premier, seraient tombées à la charge du demandeur, avec une perte de frais et de temps dix fois plus lourde qu'il n'échoit depuis que l'on raisonne avec moins de rigidité, et que l'on admet le défendeur à venir de prime saut dire : l'assignation est nulle.

» Ce système, tel que je l'entrevois, est moins positif que celui des temps qui précédèrent l'ordonnance; toutefois il est conçu d'une manière plus humaine et plus secourable. Cela ressemble peut-être à un paradoxe; mais loin qu'on doive trop logiquement chicaner un plaideur qui présente son ajournement pour le faire déclarer nul, je crois qu'il faut lui aplanir cette voie plus franche et l'enhardir à attaquer de front, afin qu'il ne s'avise point de tourner *la fin de non-recevoir*, et de s'embusquer dans les détours ruineux de la vieille route. »

M. Boitard adopte cette dernière opinion de M. Boncenne, et il pense, t. 2, p. 48, qu'*en présence de l'art.* 61, *qui attache expressément la nullité à l'omission de chacune des formalités qu'il impose, la constitution d'avoué, la comparution du défendeur, l'aveu que l'ajournement lui a été exactement remis, ne peuvent et ne doivent pas couvrir les nullités résultant du défaut d'indication.*

Telle est aussi la doctrine de M. Pigeau, *Commentaire*, t. 1er, p. 393, n° 3.

Pour la signification d'un jugement par défaut, M. Boncenne avait invoqué l'arrêt du 7 décembre 1813 de la cour de cassation ; cet arrêt est applicable à tous les exploits dans les termes de la question que nous avons posée. (J. A., t. 21, p. 270.)

La doctrine de la cour de cassation a été adoptée, le 25 janvier 1822, par la cour de Toulouse (J. A., t. 21, p. 292), et, le 19 juillet 1831, par la cour d'Angers. (S., t. 32, 2e part., p. 298.) (1).

(1) Le 21 mai 1828 (J. A., t. 35, p. 250), la cour de cassation a assimilé les citations en bureau de paix

Cependant on peut opposer deux arrêts, l'un de la cour de cassation du 22 brumaire an XIII, l'autre de la cour de Rouen du 11 décembre 1817 (J. A., t. 12, p. 439), qui ont jugé la question en thèse générale pour un exploit introductif d'instance. En rapportant l'arrêt de l'an XIII, M. Coffinières s'est exprimé en ces termes :

« La maxime de droit *quod produco non » reprobo* paraît, au premier coup d'œil, » s'opposer à cette solution, mais cette maxime » ne peut s'appliquer aux exploits d'huissier. » Tous les jours une partie irrégulièrement » assignée comparaît au délai indiqué, en » vertu de l'exploit même dont elle démontre » la nullité. Au lieu de statuer sur cette de» mande, il serait absurde de soutenir le dé» fendeur non recevable à proposer ses moyens » de nullité, par le motif qu'il obtempère à » la signification en produisant l'acte par lui » pratiqué ; car il lui est impossible de se pré» senter devant les juges, sans déférer à l'acte » qui l'y appelle, quelque irrégulier qu'il » puisse être. »

§ 8 Une question secondaire se rattache nécessairement à celle que nous venons d'examiner, la voici : *La constitution d'avoué couvre-t-elle les exceptions de nullité?*

Pour ceux qui pensent qu'il y a fin de non-recevoir de la part de celui qui reconnaît, en se présentant, la remise de l'exploit, l'affirmative est certaine.

La négative doit être également incontestable dans l'opinion contraire; car la constitution d'avoué est la présentation légale de la partie.

Aussi elle est enseignée par tous les auteurs. On peut consulter MM. Favard de Langlade, t. 3, p. 462; Boncenne, t. 3, p. 217 et 297 ; Thomine-Desmazures, t. 1er, p. 327 ; Merlin, *Questions de droit*, v° *Appel*, § 10, art. 1er, n° 2, et Pigeau, *Comm.*, t. 1er, p. 393.

Un arrêt de la cour de cassation, du 17 novembre 1823 (J. A., t. 25, p. 33), a posé le principe régulateur en prononçant une cassation fondée sur ce qu'*il ne suffit pas pour qu'un individu soit valablement cité, qu'il ait eu ou pu avoir une connaissance morale de la citation; qu'il est nécessaire qu'il en ait eu une connaissance légale, laquelle ne peut avoir lieu que par exploit en forme régulière.* Telle était aussi la jurisprudence de la cour de cassation, sous l'empire de l'ordonnance de 1667. (*V.* un arrêt du 9 janvier 1809, J. A., t. 12, p. 462.) Cette opinion a été adoptée par arrêts de la cour de Bruxelles du 4 avril 1807 (J. A., t. 13, p. 40), et de la cour de Paris du 31 mars 1813 (J. A., t. 12, p. 491).

Cependant on oppose un arrêt isolé du 22 décembre 1812 de la cour de Limoges (J, A., t. 1er, p. 174), et quelques autres décisions rendues dans des espèces particulières.

Le 17 février 1807, la cour de Rennes; le 19 février 1812, la cour de Liége; le 2 janvier 1818, la cour de Colmar; la cour de Metz, le 9 janvier 1821 (J. A., t. 12, p. 484 et 508; t. 13, p. 130, et t. 7, p. 161), ont décidé que, soit une constitution de nouvel avoué, soit un avenir pour plaider, soit une demande de remise de cause, élevaient des fins de non-recevoir contre la présentation ultérieure du moyen de nullité. Le contraire a été décidé par deux arrêts de la cour de Bruxelles du 4 décembre 1807, et de la cour de Liége du 23 novembre 1814 (J. A., t. 12, p. 453, et t. 13, p. 228), et enfin par deux arrêts de la cour de cassation, l'un du 28 octobre 1811 (J. A., t. 3, p. 158, 7e *espèce*), et l'autre du 6 novembre 1811 (J. A., t. 12, p. 481).

§ 9. Mais on s'est demandé *si la nullité d'un acte d'appel résultant d'un défaut de constitution valable d'avoué était couverte par la signification d'une constitution faite par l'avoué de l'intimé au véritable avoué de l'appelant?*

Cette question n'est qu'un corollaire de la question principale: les principes sont les mêmes, la solution doit être la même: la négative nous paraît certaine, contrairement à l'opinion, déjà citée, de M. Carré, *Lois de la procéd.*, t. 1er, n° 744.

Toutefois la jurisprudence n'est pas fixée, et elle offre des monuments contradictoires.

Pour la fin de non-recevoir, on cite les arrêts de la cour de Bourges, du 23 août 1808; de la cour de Rennes, du 26 avril 1810 ; de la cour de cassation, du 24 février 1813; de la cour de Douai, du 15 avril 1818; de la cour de Paris, du 9 mai 1826; de la cour de Limoges, du 7 février 1828; de la cour de Nîmes, du 17 novembre 1828. (J. A., t. 12, p. 474, et t. 34, p. 103; Journ. de la cour de Limoges, 1828, p. 78; et Dalloz, 1829, 2e part., p. 188.)

On oppose à ces décisions les arrêts de la cour de Pau, du 22 juillet 1809 ; de la cour

aux assignations en matière correctionnelle dont les nullités sont couvertes par la comparution, du moins dans l'opinion de la cour, ainsi qu'elle l'a jugé fort souvent.

de cassation, du 4 septembre 1809 (1); de la cour de Limoges, du 14 avril 1813; et de la cour de Rennes, du 21 juin 1814. (J. A., t. 3, p. 232, et t. 12, p. 497.)

§ 10. Nous ne nous étendrons pas sur la question de savoir *si un jugement de jonction de défaut couvre les nullités?*

Nous tenons pour la négative : aux arrêts que nous avons cités (J. A., t. 12, vº *Exception*, nº 37), il faut ajouter une décision de la cour de Bourges, du 30 août 1828. (J. A., t. 35, p. 350.)

§ 11. *Et si le défendeur a besoin d'examiner l'original même de la citation ou de l'acte qu'il veut arguer de nullité, ne peut-il pas en demander la communication?*

L'affirmative est hors de doute, puisque de cette communication seule peut dépendre la demande elle-même en nullité (2).

« Tous les préliminaires, dit M. Boncenne, » t. 3, p. 296, qui ne sont point en désaccord » absolu avec l'intention de proposer une nul- » lité, ne peuvent pas faire supposer qu'on y » ait renoncé. »

Ainsi celui qui voudrait demander la nullité d'un exploit fondée sur ce que la délibération du conseil de famille, ou l'acte administratif qui l'ont autorisé ne sont pas réguliers, ne couvrirait pas cette nullité en demandant communication des pièces qui pourraient l'éclairer sur ces points préliminaires.

Il est essentiel de remarquer que la demande pure et simple de communication de pièces s'applique au fond et ne permet plus de proposer une nullité d'exploit ou d'acte de procédure.

Cette doctrine est celle de tous les auteurs. (*V.* MM. Boncenne, t. 3, p. 293; Thomine-Desmazures, t. 1er, p. 319 et 327, et Favard de Langlade, t. 2, p. 458 et 461.)

Le 26 juillet 1808, la cour de cassation a jugé avec raison que la demande en communication des pièces qui ne tiennent pas au fond n'élevait pas une fin de non-recevoir contre la nullité de l'exploit. (J. A., t. 12, p. 455.)

Mais, par arrêts des cours de Paris, 27 août 1807; de Turin, 16 janvier 1809; de Rouen, 9 décembre 1809; de cassation, 30 janvier 1810; de Rennes, 6 août 1813, 17 juin 1817 et 16 janvier 1818; de Besançon, 1er décembre 1818; d'Orléans, 13 novembre 1820; de Bourges, 30 mars 1829 et 25 février 1834 (J. A., t. 12, p. 462; t. 13, p. 256; t. 37, p. 191, et t. 46, p, 357), il a été jugé que la simple demande en communication de pièces était un obstacle à toute proposition en nullité d'exploit; peu importe, a dit la cour de Rennes, le 23 septembre 1815 (J. A., t. 12, p. 503), que la demande en communication n'ait produit aucun effet.

Cependant on peut ne pas critiquer deux arrêts qui ont consacré deux exceptions; le premier, de la cour de Pau, a décidé, le 26 juillet 1809, que l'intimé qui avait proposé un moyen de nullité dans une requête, ne couvrait pas ce moyen en demandant le dépôt au greffe d'une pièce du procès sans conclure au fond (J. A., t. 12, p. 469); le second, de la cour d'Amiens, du 30 novembre 1821 (J. A., t. 23, p. 360), a jugé que les moyens de nullité ne sont pas couverts par une communication de pièces faite par l'intimé à l'appelant sur sa demande et sous la réserve des moyens de nullité.

Un arrêt de la cour de Bordeaux, du 25 juin 1831 (*Journ. des arrêts* de cette cour, t. 6, p. 331), est le seul qui contrarie la jurisprudence universellement admise.

§ 12. Certains praticiens ont pensé qu'*à l'aide des réserves expresses, générales ou spéciales, on pourrait éluder le vœu formel de l'art.* 173; mais, comme l'a dit M. Thomine-Desmazures, il n'est pas permis de protester contre la loi, il faut l'exécuter. Les réserves sont de vieux style, c'est souvent un non-sens, elles ne servent à rien dans la plupart des cas; on ne les conçoit que pour le cas où la loi, vous accordant deux modes d'action sur la même ligne, ne pouvant pas les suivre tous les deux à la fois, vous prenez l'un en vous réservant l'autre.

On peut continuer à insérer des réserves dans les actes de procédure, car *quod abundat non viciat*, mais on ne doit pas penser que ces réserves soient de nature à faire revivre un droit éteint par suite de l'acte lui-même qui contient ces réserves (3).

MM. Favard de Langlade, t. 2, p, 461; Thomine Desmazures, t. 1er, p. 327, et Boncenne, t. 3, p. 303, professent la même opinion. Voici comment s'exprime M. Boncenne :

(1) On peut consulter aux *Questions de droit*, vº *Appel*, § 10, art. 1er, nº 2, le réquisitoire de M. Merlin, sur lequel cet arrêt a été rendu.

(2) C'est ce qui a été jugé, le 4 avril 1810, par la cour d'Agen. (J. A., t. 20, p. 177.) Telle est aussi l'opinion de M. Carré, t. 1er, nº 718.

(3) Il faut excepter cependant le cas *d'enquête* ou tous autres semblables pour lesquels les réserves forment une protestation contre une procédure à laquelle on est forcé de prendre part.

« Il est des praticiens qui ne rédigent ni conclusions ni requêtes sans y ajouter des protestations contre ce qu'ils n'entendent pas faire, lesquelles se terminent notamment par des réserves de faire valoir tous moyens de nullité ainsi qu'ils aviseront.

« Ces précautions ou *cautèles*, comme on disait autrefois, n'ont pas la moindre vertu : si vous commencez par discuter le fond de la cause, vous couvrirez la nullité de l'ajournement, en dépit des plus énergiques réserves ; il en sera de même pour les autres actes de procédure dans le cours de l'instruction : *Qui protestatur nihil agit*. Cette maxime s'applique à tous les cas où celui qui proteste avait la liberté d'agir autrement qu'il n'a fait. »

La jurisprudence s'est en général rangée à cette opinion ; nous nous contenterons d'indiquer notre *Dictionnaire général de procédure*, v° *Exceptions*, n°s 51, 62, 71, 72, 74, 76 et 77.

Cependant nous croyons pouvoir approuver trois décisions qui, au premier examen, sembleront contraires aux principes que nous venons de poser, à savoir : 1° qu'une nullité d'exploit n'est pas couverte, lorsque sous toute réserve sommation est faite de déposer au greffe certaines pièces de la procédure (Liége, 31 juillet 1811 ; J. A., t. 13, p. 174) ;

2° Que des réserves formelles doivent produire tout leur effet lorsqu'elles n'ont été suivies de la part de l'avoué que d'une sommation d'instruire (Angers, 27 juillet 1820 ; J. A., t. 12, p. 514) ; ou qu'il a fait simplement un autre acte d'instruction (Agen, 4 avril 1810 ; J. A., t. 20, p. 177).

Les réserves peuvent encore être considérées sous un point de vue qui, sans leur donner une utilité réelle, leur permet de rendre la procédure plus claire.

Ainsi l'intimé peut conclure à la nullité de l'appel, puis subsidiairement au fond. En concluant sur le fond pour établir plus clairement la volonté de subordonner ses conclusions sur le fond à la décision qui sera rendue sur le moyen de forme, cet intimé conclut au fond sous toutes réserves de ses moyens de nullité déjà proposés.

C'est aussi ce qui a été jugé le 15 mars 1821 par la cour de Rennes (J. A., t. 19, p. 251).

§ 13. Si des principes que nous venons de poser, il résulte assez clairement, selon nous du moins, quelles sont les nullités dont a voulu parler le législateur dans l'art. 173, examinons maintenant ce que signifient ces expressions : *Toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence.*

Sect. 1re. TOUTE DÉFENSE... Les diverses hypothèses qui ne peuvent offrir aucune difficulté sérieuse ne méritaient pas de notre part un examen séparé, aussi avons-nous cru devoir les indiquer en note (1).

---

(1) Jurisprudence. — Nous pensons que :

1° Une nullité ne peut être proposée par celui du fait duquel elle provient (*Cass.*, 4 germinal an VIII ; J. A., t. 12, p. 426), M. Carré, en citant cet arrêt, s'exprime ainsi : *C'est une conséquence du principe, qui résulte d'un grand nombre de textes, qu'on ne peut jamais plaider contre son propre fait.* Nous ajouterons cependant : à moins qu'il ne s'agisse d'une incompétence matérielle ou d'une nullité d'ordre public.

2° Lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée a supposé valables des procédures nulles, on ne peut plus attaquer ces procédures et en faire prononcer la nullité (*Cass.*, 29 juin 1812 ; J. A., t. 12, p. 488). C'est ainsi qu'un jugement qui a prononcé une contrainte par corps *contre le vœu de la loi doit néanmoins* être exécuté lorsqu'il est passé en force de chose jugée (Paris, 29 pluviôse an X ; J. A., t. 8, p. 453 et 457).

3° Les communes, comme les particuliers, doivent proposer les nullités d'exploit avant toutes défenses au fond (*Cass.*, 10 janvier 1810 ; J. A., t. 4, p. 741).

4° Les nullités de forme d'une contrainte se couvrent par la défense au fond du contribuable (*Cass.*, 7 août 1807 ; J. A., t. 12, p. 449).

5° La nullité de la notification d'un protêt fait à l'étranger et rapporté à la Guadeloupe, de la lettre de change et de l'assignation, fondée sur le défaut de légalisation dudit protêt, doit être proposée avant toute défense au fond (Bordeaux, 10 décembre 1827 ; *Journ. des arrêts* de cette cour, 1827, p. 499).

6° La partie qui ne se borne pas à demander la nullité d'une opposition pour vice de forme, mais qui conclut formellement à ce que l'opposant soit débouté au fond, couvre la nullité (Rennes, 28 avril 1814 ; Grenoble, 22 avril 1815 ; J. A., t. 12, p. 496).

7° Le demandeur n'est plus recevable à demander la nullité de l'assignation qui lui a été donnée en reprise d'instance, lorsque cette nullité n'a pas été proposée avant toute défense au fond, et surtout lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée a déclaré l'instance reprise (*Cass.*, 1er mai 1824 ; J. A., t. 26, p. 158).

8° L'intimé est comme le défendeur en première instance, en sorte que s'il n'a pas proposé, dans ses réponses à un écrit de griefs, la nullité de l'acte d'appel, il est non recevable à la proposer plus tard (Rennes, 2 juin 1808 et 31 juillet 1810 ; J. A., t. 12, p. 447). M. Carré approuve aussi cet arrêt : *En effet*, dit-il, *l'analogie entre l'intimé et le défendeur est parfaite, et l'on doit appliquer contre lui la règle générale portée à la question* 740.

9° La nullité résultant du défaut de transcription du procès-verbal de non-conciliation en tête de l'exploit d'assignation, ne peut être opposée pour la première fois en appel (Paris, 29 pluviôse an X ; J. A., t. 12, p. 431).

10° Après avoir procédé en première instance avec un avoué, on ne peut arguer d'irrégularité la constitution en cause d'appel, en soutenant que la partie

Voici quelques cas particuliers qui nous ont paru dignes d'observations détachées.

1° Le 6 août 1827 (J. A., t. 34, p. 122), la cour de Paris a décidé que des conclusions prises à l'audience sans avoir été préalablement signifiées et remises au greffier, ne lient pas l'instance, et qu'alors le déclinatoire ultérieurement proposé est censé l'avoir été *in limine litis*.

Le 12 avril 1813, la cour de Paris avait consacré le même principe, en refusant à une partie le droit de prendre au greffe une expédition de conclusions signées par son avoué, mais non signifiées (*V.* J. A., t. 8. p. 311).

Ces deux arrêts nous paraissent contraires au texte précis des décrets et des lois relatifs à la matière. 1° Si d'un côté, de ce que les art. 71 et 72 du décret du 30 mars 1808 prescrivent aux avoués de prendre des conclusions, on faisait résulter du premier de ces articles une nécessité de signification, les art. 33 et 72 offriraient une contradiction choquante. 2° L'article 443, C., proc. civ., permettant l'appel incident en tout état de cause, même sur la barre, comme l'ont décidé plusieurs arrêts rapportés au J. A., v° *Appel*, il est bien certain que des conclusions peuvent être prises sans avoir été signifiées. 3° Si le système de la cour de Paris pouvait prévaloir, il ne serait donc pas possible de changer, modifier, étendre ou restreindre ses conclusions sur la barre après la plaidoirie de l'adversaire. L'avoué qui, durant les trois jours dont parle l'art. 71, n'aurait point signifié ses conclusions, serait donc obligé de laisser prendre un jugement par défaut, puisqu'il ne lui serait pas permis de lier l'instance par des conclusions posées la veille des plaidoiries. Cette dernière supposition doit faire comprendre quelles seraient les conséquences du système que nous combattons.

On paraît avoir confondu deux choses bien distinctes, selon nous : la disposition réglementaire qui prescrit aux avoués de s'avertir réciproquement de leurs conclusions trois jours au moins avant l'audience, autant que faire se pourra ; et la volonté du législateur qui prescrit aux avoués de déposer au greffe leurs conclusions avant toute plaidoirie *ne varietur*, si l'on peut s'exprimer ainsi ? Lors donc que des conclusions prises par un avoué et signées de lui sont déposées au greffe, la cause est liée, et l'adversaire peut tirer de ces conclusions tel parti qu'il juge convenable. Ces principes ont été consacrés par la cour de cassation et par la cour de Rennes de la manière la plus expresse. Il faut prendre garde de confondre le cas où une cause doit être censée contradictoire, avec le cas où la partie s'est seulement défendue par des conclusions déposées ou signifiées à avoué, et où elle a par conséquent le droit de former opposition, si elle ne plaide pas ; mais dans ces deux positions, les conclusions qui sont prises sur le fond couvrent et l'incompétence personnelle et les nullités d'exploit.

2° Dans sa note *jurisprudence* sur l'article 173, M. Carré cite, sans le combattre, ce qui fait supposer qu'il en admet la doctrine, un arrêt de la cour de Rennes du 10 août 1808 (J. A., t. 22, p. 458). Cet arrêt a jugé que celui qui, de deux nullités, commence par en proposer une, est non recevable à proposer la seconde après le rejet de la première. Pour étayer cette opinion d'un texte quelconque, on serait fort embarrassé, et

---

représentée par cet avoué doit être considérée comme ayant fait défaut (Rennes, 31 août 1810 ; J. A., t. 15, p. 348).

11° La partie qui en première instance a demandé contradictoirement plusieurs remises de cause ne peut opposer en appel les irrégularités que présente la constitution d'avoué de son adversaire devant les premiers juges (Bruxelles, 21 septembre 1831 ; J. A., t. 45, p. 458).

12° L'exception de nullité d'une signification de requête en péremption d'instance ne peut être proposée pour la première fois en appel (Nîmes, 16 août 1815; J. A., t. 12, p. 511). *Peu importe*, dit M. Carré, *que cette nullité de la demande soit péremptoire de l'instance, puisqu'il ne s'agit que de prononcer sur une nullité de forme.*

13° Le prévenu qui en première instance défend au fond ne peut, pour la première fois en appel, demander la nullité de l'action dirigée contre lui, en se fondant sur ce que l'huissier n'aurait pas signé l'original de la citation à lui donnée (*Cass.*, 20 juillet 1832).

14° Mais l'intimé est recevable à proposer la nullité de l'appel dirigé contre lui, quoique son avoué ait signifié à celui de son adversaire la décision dont est appel (Bordeaux, 6 juin 1832. J. A., t. 43, p. 564).

15° La partie qui a comparu en référé sur une assignation donnée à trop bref délai, et à un domicile qui n'est pas le sien, est recevable à demander la nullité d'une assignation semblable qui lui est ensuite donnée devant le tribunal (Paris, 13 messidor an XII ; J. A., t. 12, p. 439).

16° Une partie peut demander la nullité d'un arrêt qui a jugé en audience solennelle une cause qui devait l'être en audience ordinaire, quoiqu'elle ait elle-même provoqué l'inscription de la cause au grand rôle. Notre solution est contrariée par un arrêt du 12 décembre 1811 de la cour d'Aix (J. A., t. 12, p. 482) ; mais cet arrêt est antérieur à la nouvelle jurisprudence de la cour de cassation, qui a considéré cette nullité comme étant d'ordre public (Arrêts *Cass.* des 28 décembre 1830, 17 janvier et 7 février 1832, 13 et 15 mars 1833 ; J. A., t. 40, p. 343 ; t. 43, p. 666 et 667, et t. 46, p. 358).

cependant il ne doit pas être permis de suppléer les fins de non-recevoir ; au contraire, on peut invoquer ce qui s'est passé lors de la rédaction du Code de procédure.

L'art. 186 du projet portait : *Les exceptions, autres que celles à fin de renvoi, seront proposées conjointement et avant toute défense au fond.*

La généralité des termes de cet article disparut, et on n'appliqua la nécessité de réunir les exceptions qu'au cas où elles seraient dilatoires (art. 186 actuel, C. proc. civ.) De là la conséquence toute naturelle que les nullités de procédure peuvent être successivement proposées.

Telle est l'opinion de M. Pigeau, dans son *Commentaire*, t. 1, p. 411 ; ce savant jurisconsulte s'appuie sur une raison qui nous paraît également fort bonne, tirée de l'article 338, et il décide qu'en ce cas les frais occasionnés par la seconde exception ne pourront être répétés par celui qui l'aura soulevée.

3° *Conclure à toutes fins*, après avoir proposé un moyen de nullité, serait-ce élever une fin de non-recevoir contre cette nullité ?

M. Carré a examiné cette question (t. 2, n° 1519), et il a présenté une distinction fondée sur un arrêt du 27 septembre 1816 (J. A., t. 22, p. 349). Nous reviendrons sur cette distinction dans une autre dissertation.

Disons toutefois, 1° qu'il y aura forclusion si le moyen de nullité n'a été invoqué que dans les motifs, et n'a point été reproduit dans le dispositif des conclusions, ainsi que l'a jugé la cour de Toulouse le 9 février 1828 (J. A., t. 34, p. 157) ; 2° que la partie qui, après avoir demandé la nullité d'un exploit dans une enquête, prend à l'audience des conclusions seulement sur le fond, élève contre elle une fin de non-recevoir. Dans son réquisitoire du 22 avril 1806, rapporté v° *Loi*, § 5, n° 9, M. Merlin déclare qu'en ce cas la partie a renoncé verbalement à ses premières conclusions. Le même jour la cour de cassation consacra sa doctrine (J. A., t. 12, p. 443).

4° Nous avons décidé *suprà*, p. 251, § 7, que la constitution d'avoue, la comparution simple sans défense au fond, ne suffisait pas pour opérer fin de non-recevoir contre un demandeur en nullité.

Par application des mêmes principes, nous décidons qu'un exploit d'anticipation sur un appel est aussi inoffensif qu'une sommation d'audience, pourvu toutefois qu'il ne contienne pas des conclusions sur le fond.

Aussi approuvons-nous, avec M. Carré, l'arrêt de la cour de cassation du 14 janvier 1807 (J. A, t. 12, p. 445), parce que, dans son exploit d'anticipation, l'appelant s'était exprimé en ces termes : *Pour y plaider sur ledit appel, entendre déclarer avoir été bien jugé par le premier juge, mal et sans griefs appelé; ce faisant, voir ordonner que le jugement sortira son plein et entier effet.*

5° *La partie qui, en première instance, a conclu à la nullité de l'assignation à elle donnée, et qui est intimée sur l'appel du jugement statuant sur le fond en sa faveur, peut-elle invoquer la nullité de cet exploit devant la cour royale, après avoir pris des conclusions sur le fond même de la contestation, mais sous toutes réserves ?*

Avant d'examiner cette question, nous croyons devoir poser une des espèces qui peuvent y donner lieu. Un propriétaire pratique une saisie-gagerie sur les meubles de son locataire. Un tiers, prétendant avoir la propriété des objets saisis, s'oppose à la vente, par exploit signifié au saisissant et au saisi, ainsi qu'au gardien, avec assignation libellée. Mais dans cette assignation il n'énonce point les preuves de sa propriété, et l'exploit qu'il signifie se trouve par là frappé de nullité. (Art. 608, C. proc. civ.) Le saisissant en demande la nullité pour cette cause, et conclut du reste à ce que l'opposition soit déclarée mal fondée. Jugement qui déboute l'opposant, attendu qu'il n'a aucun droit à la propriété des meubles saisis ; mais qui, avant de statuer ainsi au fond, ne prononce rien sur le chef de conclusion tendant à faire déclarer l'opposition nulle. — Appel par l'opposant. A la première audience, il conclut à la réformation du jugement de première instance ; son adversaire conclut, sous toutes réserves, à ce que la cour mette l'appellation au néant, et confirme la décision des premiers juges.

L'intimé pourra-t-il plus tard demander, ainsi qu'il l'a fait en première instance, que l'opposition formée à la saisie par lui pratiquée soit déclarée nulle, comme non suivie d'une assignation énonçant les preuves de la propriété de l'opposant sur les meubles saisis?

Au premier abord on est tenté de déclarer qu'il le peut. Il est de principe qu'un intimé peut demander aux juges d'appel une décision sur un chef de conclusion sur lequel les premiers n'ont pas fait droit, et de quelque manière qu'il le demande, il semble qu'on doive l'accueillir ; car s'il prend la voie de l'appel incident, il sera recevable en tout état de cause (art. 443, C. proc. civ.), et il le sera pareillement si l'on pense qu'il n'ait pas besoin de recourir à cette voie. L'appel principal de son adversaire lui aura donné le droit de demander la confirmation du jugement de première instance, par tous les moyens possibles, même par ceux que les premiers juges ont cru

superflu d'adopter; et si, parmi ces moyens, il se trouve une nullité qu'ils n'avaient point examinée avant de statuer au fond, on ne voit pas pourquoi l'intimé ne pourrait pas la soumettre aux juges d'appel. devant qui la cause renaît complétement. Dès qu'ils en sont saisis, le jugement dont on appelle n'a plus d'existence, jusqu'à ce qu'ils le confirment, s'ils pensent que les premiers juges ont bien statué. Si donc ceux-ci ont à tort omis de déclarer nulle l'opposition à la vente des meubles saisis par l'intimé, tout en lui donnant gain de cause au fond, celui-ci ne pourra-t-il pas exiger que la cour royale prononce cette nullité avant d'entrer dans l'examen du fond, qui pour lui sera peut-être jugé autrement qu'en première instance? Ne peut-il pas ajouter, qu'en demandant la confirmation pure et simple du jugement par lui obtenu, il n'a pas pour cela renoncé à la nullité que les premiers juges ont méconnue? Il est vrai que, s'il avait conclu à cette confirmation purement et simplement sans réserves, il n'aurait pas droit de demander par voie d'appel incident la réformation du chef qui a rejeté, *formâ negandi*, la nullité dont il s'agit; car l'appel incident est interdit à l'intimé qui a conclu de la sorte. On devrait même, à la rigueur, ajouter qu'il ne pourrait pas, par des conclusions additionnelles, faire accueillir cette même nullité par les juges d'appel, après leur avoir demandé purement et simplement la confirmation de la sentence qu'il a obtenue; mais lorsqu'il l'a demandée sous toutes réserves, on ne pourrait lui contester ce droit, puisqu'il a la faculté d'appeler incidemment de cette sentence sur tous les chefs qu'elle contient.

Nous croyons toutefois qu'il faut décider le contraire. Nous reconnaissons bien que l'intimé peut interjeter appel incident après avoir conclu, sous toutes réserves, à la confirmation du jugement de première instance. Mais en quoi consiste ce droit? A faire statuer de nouveau, par les juges d'appel, sur les exceptions qu'il a présentées devant les premiers juges, et d'une autre manière que ceux-ci. Un pareil droit ne peut aller jusqu'à produire l'effet de pouvoir proposer un moyen de nullité après avoir plaidé au fond (1); s'il pouvait le produire, il détruirait cette règle fondamentale, que les exceptions de forme doivent être proposées *in limine litis*, et se couvrent par toutes autres que présente le défendeur. C'est là un règle commune à la procédure d'appel et à la procédure de première instance, et elle disparaîtrait en appel, si l'on permettait à l'intimé d'exciper de la nullité de l'assignation à lui donnée en première instance après avoir conclu au fond devant la cour royale. Vainement dirait-on qu'il l'a invoquée en première instance, et qu'en concluant sur l'appel au fond, mais avec réserves, il s'est rendu recevable à la reproduire en tout état de cause; on lui répondrait que, devenu défenseur en appel par sa qualité d'intimé, il a dû, de même qu'en première instance, invoquer tous moyens de nullité avant de conclure au fond et que ces réserves n'équivalent pas aux conclusions qu'il aurait dû porter en la forme. Ces réserves lui ont bien garanti le droit d'appeler incidemment en tout état de cause, mais elles n'ont pu changer la nature des exceptions qu'il peut invoquer. S'il en est qui consistent en des nullités de procédure, elles n'en auraient pas moins dû être présentées par lui avant toutes défenses au fond. D'ailleurs, dès que, par l'effet de l'appel principal, une cause est dévolue à une cour royale, les parties se trouvent au même état que devant les premiers juges : chacune peut invoquer les moyens qu'elle a présentés en première instance; mais elle doit les représenter dans le même ordre, parce que la procédure d'appel doit suivre la même marche que l'instruction faite dans le premier degré de juridiction (art. 470, C. proc. civ.); l'intimé, qui est défendeur, devra conclure en la forme avant de conclure au fond; il aura tacitement abandonné et couvert les moyens de nullité qui militaient pour lui. Or que ces moyens soient tirés de la procédure faite en appel par l'appelant principal, ou bien de celle qui a été faite en première instance, l'intimé qui ne les présentera pas avant tous autres sera censé y avoir renoncé et ne pourra plus les faire valoir. Telle a été sa conduite dans l'hypothèse que nous avons examinée, et telle en doit être la conséquence légale d'après les questions que nous venons de donner.

Par les mêmes motifs, nous approuvons trois arrêts : deux de la cour de Colmar des 22 février 1812 et 18 novembre 1815; le troisième de la cour de Paris du 27 février 1813 (J. A., t. 6, p. 699; t. 12, p. 486), qui ont décidé que l'intimé qui a obtenu, par défaut, un arrêt confirmatif en concluant au fond, n'est pas recevable sur l'oppositiou à proposer une nullité de l'acte d'appel.

Toutefois il nous paraît résulter d'un arrêt de la cour de cassation du 20 février 1833 (J. A., t. 44, p. 169) que, si l'intimé se borne purement et simplement à demander son renvoi, attendu l'absence de l'appelant, sans

(1) Ainsi jugé le 21 mars 1836 par la cour de Rennes. (J. A., t. 51, p. 686.)

vouloir entrer dans l'examen d'aucuns moyens de forme ou de fond, et sous toutes réserves, en cas d'opposition, de présenter tel moyen de nullité ou d'incompétence qu'il jugera convenable, aucune fin de non-recevoir ne pourra alors lui être opposée.

L'intimé demande alors la *permission de s'en aller*, comme l'a dit M. Boncenne, et il le peut sans danger pour lui, car le jugement qu'il a obtenu acquiert alors l'autorité de la chose jugée.

C'est ainsi qu'en première instance, si le défendeur ne conclut pas sur le fond, mais demande un congé pur et simple, il peut, sur l'opposition du demandeur, proposer toutes nullités qu'il jugera convenable, tandis que, s'il a voulu avoir un jugement sérieux formant autorité, il ne peut pas, sur l'opposition, proposer une nullité.

6° Il y a eu controverse sur la question de savoir *si la nullité de l'acte d'appel pouvait être proposée, lorsque auparavant l'intimé avait conclu à ce que l'appel fût déclaré non recevable.*

Le 29 mars (J. A., t. 12, p. 444), la cour de Turin a décidé que la nullité n'était pas couverte; mais le 28 février 1826, la cour de Nîmes a décidé le contraire (J. A., tom. 32, p. 350). Cette dernière cour nous paraît avoir bien jugé: car autrement il faudrait admettre que ces mots *non recevable* ne présentent aucun sens.

Il est vrai de dire que, dans la pratique, ces mots expriment plutôt une exception qu'une défense sur le fond. Cependant on ne peut pas y trouver comprise la proposition formelle d'une nullité déterminée; et, comme les nullités doivent être proposées avant toutes exceptions, le vice spécial de l'acte d'appel ne pouvait pas y être compris.

7° *La partie qui a fait défaut en première instance a-t-elle le droit de proposer en appel un moyen de nullité contre l'exploit introductif d'instance, ou un moyen d'incompétence personnelle?*

Cette question peut se présenter dans plusieurs hypothèses différentes, et elle offre quelques difficultés.

En principe, la cour de cassation a décidé, le 10 janvier 1823, que *l'appel d'un jugement par défaut transfère à l'appelant les mêmes droits que celui du jugement contradictoire, et qu'il confère au défendeur celui de produire en instance d'appel l'exception à la demande principale qu'il aurait pu proposer en première instance* (J. A., t. 25, p. 8,).

Le 15 pluviôse an XI, la cour de Dijon (J. A., t. 19, p. 403) a posé les véritables principes d'une manière tellement claire, que nous croyons devoir transcrire ici son arrêt: « Considérant que c'était un principe généralement admis sous l'empire de l'ancienne législation, que les moyens de nullité contre les actes de procédure pouvaient être proposés, tant en première instance qu'en appel, s'il n'y avait eu renonciation formelle ou implicite; que la renonciation s'établissait par l'acte même qui la contenait; mais qu'à l'égard de la renonciation implicite, elle ne s'induisait jamais que de la proposition des moyens au fond; que la renonciation, en ce cas, était fondée sur ce que celui qui consentait à discuter le fond de l'action était censé en approuver la forme; que cette présomption dérivait aussi d'un fait positif sans lequel, et tant que la partie était demeurée dans le silence, tous ses droits demeuraient entiers; que ces principes consacrés par une jurisprudence constante n'ont été changés ni modifiés par aucune loi ultérieure; qu'on objecte inutilement que les nullités n'étant point de droit, et que les premiers juges n'ayant pas dû les suppléer, elles ne peuvent être un moyen d'appel. — La réponse est que c'est à celui qui a obtenu le jugement à s'imputer de s'être prévalu de procédures vicieuses, et d'avoir, par son silence, induit les juges en erreur; qu'en vain exciperait-on encore de l'art. 5 de la loi du 4 germinal an II, puisque, en se pénétrant des vues de la loi, il est aisé de juger qu'elle est ici sans application; qu'à la différence des jugements rendus en première instance, dont la justice et l'intérêt social sollicitent la réformation, lorsque les droits des parties contendantes ont été méconnus, ceux rendus en dernier ressort, quelque erreur qu'ils contiennent, doivent avoir un caractère de stabilité qu'il importe essentiellement à l'ordre public de maintenir; que la cassation de ce jugement est aussi un remède extrême que le législateur a dû renfermer dans des bornes étroites, et dont l'art. 5 de la loi précitée a eu pour but de restreindre l'exercice; — Que les dispositions de cet article sont donc une véritable exception au droit commun, faite uniquement pour le tribunal de cassation, et par conséquent sans application aux tribunaux d'appel. »

Mais la partie condamnée par défaut aurait-elle le même droit en appel si, en première instance, elle avait formé opposition au jugement par défaut, et si son opposition avait été déclarée non recevable faute d'avoir été réitérée par requête?

Il faut distinguer: si le défaillant, dans son opposition, conclut au fond, il nous paraît certain que cet acte, quoique irrégulier, s'oppose à toutes conclusions en nullité.

S'il déclare, au contraire, purement et

simplement, s'opposer au jugement rendu contre lui, sans fournir aucun moyen à l'appui de cette opposition, on ne peut lui imputer d'avoir couvert les nullités par quelque défense ou exception. Tel est aussi l'avis de M. Coffinières, qui combat un arrêt du 17 avril 1809, de la cour de Paris (J. A., t. 12, p. 464).

Nous ne pouvons admettre le système de la cour d'Orléans, qui, dans un arrêt du 26 août 1812, a pensé que l'exception de nullité n'était pas couverte par une opposition extrajudiciaire motivée sur le fond, lorsque la requête contenait la demande en nullité, ensuite les moyens du fond, attendu que cette requête s'identifiait avec l'opposition (J. A., t. 12, p. 489).

Nous n'approuvons pas, également, une décision de la cour de Douai du 26 février 1833, de laquelle il résulte que la partie qui, dans son acte d'opposition, a conclu au fond, peut ensuite à l'audience proposer une incompétence *ratione personæ* (J. A., t. 45, p. 443).

Qu'importe que les moyens du fond soient énoncés dans les conclusions ou dans la requête d'opposition? Les moyens présentés dans l'acte d'opposition appartiennent à la cause, comme ceux qu'on propose dans les conclusions. Dans l'un et l'autre cas, c'est aux juges qu'on s'adresse, et la discussion porte sur toute la défense, il n'y a donc pas lieu à distinguer : d'ailleurs, ce serait aller contre le vœu de la loi. Pourquoi, en effet, a-t-elle voulu que l'opposition fût formée par requête et contînt les moyens de l'opposant? S'il est vrai que cet acte n'a aucune valeur, aucune importance, à quoi bon exiger impérieusement une formalité qu'on sait inutile et qui ne fait qu'augmenter les frais? Ce serait faire injure au législateur que de lui prêter une pareille intention.

On pourrait relever une contradiction entre deux arrêts rendus, l'un par la cour d'Angers le 11 juin 1824, l'autre par la cour d'Aix le 15 janvier 1825 (J. A., t. 27, p. 50, et t. 28, page 253); mais il faut avoir soin d'observer qu'il s'agissait, dans les deux espèces, de tribunaux de commerce, et que, dans l'une, ce tribunal était incompétent d'une manière absolue, tandis que, dans l'autre, aux termes de l'article 626, C. comm., il fallait que le renvoi fût demandé.

De notre opinion il résulte nécessairement que, sur l'opposition à un jugement par défaut, les moyens de nullité ou d'incompétence peuvent être proposés; c'est ce qui a été jugé, le 23 décembre 1809, par la cour de Bruxelles (J. A., t. 15, p. 334). Tel est aussi l'avis de MM. Pigeau, *Commentaire*, t. 1, p. 381, et Favard de Langlade, tom. 2, p. 458. L'opinion de M. Carré sur ces diverses difficultés a été consignée dans les *Lois de la procéd.*, t. 1, n[os] 712 et 713.

8° M. Boncenne, t. 3, p. 295, professe que les nullités sont couvertes par tout ce qui peut faire présumer la renonciation de celui qui aurait eu le droit de s'en prévaloir, *comme s'il a mis un garant en cause ou demandé un délai afin de l'appeler*, et il ne donne aucun développement à son opinion qu'il avait déjà émise à l'occasion de la compétence, même tome, p. 217.

Cette doctrine nous paraît trop absolue. Une distinction, signalée par M. Carré, doit, selon nous, venir en aide à la position d'une partie assignée.

S'il lui plaît d'appeler de suite son garant en cause, même pour plaider sur le moyen de nullité, ou sur l'incompétence, qui peut, qui doit l'en empêcher? Elle n'a encore rien fait signifier à son adversaire; elle n'a donc pas défendu à son action, elle pourrait encore faire défaut; contre elle ne peut s'élever aucune fin de non-recevoir.

Après avoir assigné son garant, le défendeur veut lier la cause avec le demandeur; s'il notifie l'appel en cause du garant purement et simplement, nul doute qu'on pourra lui opposer, lorsque plus tard il présentera un moyen de nullité ou une exception d'incompétence, qu'il a déjà notifié un acte de défense (1). Si, au contraire, il commence par proposer son moyen de nullité en énonçant à la fin de son exploit qu'il a appelé en cause son garant, pour qu'il ait à soutenir concurremment avec lui ses moyens exceptionnels comme ses moyens au fond, il ne devra plus être déclaré non recevable. MM. Thomine-Desmazures, t. 1, p. 319; Demiau Crouzilhac, p. 146, et Pigeau, *Commentaire*, t. 1, p. 400, partagent cette opinion.

A plus forte raison pensons-nous que la cour de Rennes a bien jugé, le 9 août 1819 (J. A., t. 13, p. 108), en décidant que l'action d'un associé assigné, qui appelle en cause ses coassociés, *est un envisagement étranger au demandeur...., et qu'elle n'a pour objet que de forcer ses associés à se réunir à lui pour repousser la demande dans l'intérêt commun.*

(1) Ainsi jugé le 15 juillet 1822, par la cour de Limoges (J. A., t. 24, p. 232). C'est ce qui paraîtrait aussi devoir résulter d'un arrêt de la cour de Toulouse du 29 avril 1822 (J. A., t. 24, p. 127).

Aussi la cour de cassation a-t-elle décidé, le 7 prairial an XIII (J. A., t. 18, p. 873), que la partie assignée en reconnaissance d'une délégation ne peut proposer un déclinatoire après avoir demandé et obtenu la mise en cause d'un tiers qui a fait l'opposition entre ses mains.

Toutefois nous n'approuvons pas un arrêt de la cour de Paris du 14 pluviôse an XI (J. A., t. 12, p. 434), lequel a décidé qu'avant de proposer une nullité, le défendeur pouvait demander la mise en cause de tous les cohéritiers du demandeur. En rapportant cet arrêt, t. 3, p. 131, les rédacteurs du nouveau *Journal du Palais* pensent, comme nous, que l'art. 173 ne permet plus le doute.

9° La signification d'un jugement est presque toujours d'une haute importance; elle fait courir des délais; ces délais expirés, des déchéances sont acquises contre la partie à laquelle a été faite cette signification. Ici devient applicable cet axiome banal tant de fois ridiculisé et qui cependant est si vrai, que *la forme emporte le fond.*

Il est donc fort important de bien préciser l'époque à laquelle cette signification, tout incomplète ou irrégulière qu'elle serait, deviendra inattaquable.

Deux systèmes sont présentés par la doctrine et la jurisprudence.

Dans les notes de sa jurisprudence sous l'article 456, M. Carré cite un arrêt de la cour de Rennes, du 5 avril 1814, qui a décidé que l'intimé pouvait invoquer la nullité de la signification du jugement de première instance, quoique, dans le cours de l'instance, il n'en eût pas parlé (J. A., t. 12, p. 495, et il adopte le motif de cet arrêt en disant: *C'est en effet que le défaut de notification est essentiellement différent d'une simple nullité d'exploit, qui peut être couverte par le seul silence.*

D'un autre côté, trois cours royales ont pensé que l'appréciation de cette fin de non-recevoir était une question de fait; ainsi, la cour de Limoges a décidé, le 15 novembre 1811 (J. A., t. 17, p. 206), que la nullité était couverte lorsqu'on avait parlé sans aucune réserve de la signification dans l'acte d'appel, et qu'on avait pris ses conclusions au fond; la cour de Grenoble, le 16 août 1826 (*J. des arr.* de cette cour, 1826, p. 112), qu'on devait, par le même motif, déclarer la demande en nullité non-recevable, lorsque l'appelant avait défendu aux nullités de son acte d'appel; et enfin la cour de Bourges, le 28 avril 1832 (*J. des arr.* de cette cour, t. 11, p. 212), que la signification d'un jugement par défaut ne pouvait pas être attaquée devant la cour, lorsque, sur l'opposition en première instance, la nullité n'avait pas été proposée.

Nous n'adoptons pas la raison donnée par la cour de Rennes, à savoir que la nullité d'une signification de jugement n'est pas une nullité d'exploit.

Mais nous éprouvons plus d'embarras pour décider quand cette nullité sera couverte.

On ne peut poser en principe que tout acte, toutes conclusions qui suivront cette signification, élèveront une fin de non-recevoir par application de l'art. 173. — Ce système serait absurde par deux raisons: la première, que l'art. 173 suppose une défense, conséquence de l'acte argué de nullité, tandis qu'un plaideur peut n'avoir nul intérêt à se préoccuper d'une signification qu'il n'a pas besoin d'attaquer; la seconde, que cette signification faite à un autre domicile que le sien peut lui être complétement inconnue.

Il nous paraît donc impossible de se rattacher à une règle absolue, invariable; tout dépendra des faits et circonstances de la cause, comme nous l'avons dit, à l'occasion des délais. Ce sera aux magistrats à distinguer les cas où le vice de la signification, et la signification elle-même auront été l'objet d'un examen de la partie qui, plus tard, en désespoir de cause, viendra proposer un moyen de nullité.

On ne peut pas se dissimuler que la partie qui a reçu la signification n'a intérêt à en demander la nullité qu'autant qu'on lui oppose cette signification. Ainsi son silence ne peut suffire: il faut, au contraire, un acte d'une volonté clairement exprimée.

(*Journal des Avoués.*)

XXXIX.

Droit civil.

LA PRÉSENCE DU NOTAIRE EN SECOND EST INDISPENSABLE POUR LA VALIDITÉ D'UN ACTE AUTHENTIQUE, QU'IL S'AGISSE OU NON D'UNE DONATION ENTRE-VIFS, OU DE RÉVOQUER UN TESTAMENT.

PAR M. SERPH, JUGE SUPPLÉANT, AVOCAT DU BARREAU DE CIVRAY.

Cette solution divise depuis longtemps les autorités. Les tribunaux et les cours jugent diversement. Il faut cependant tâcher de se fixer : pour cela, on doit examiner la loi et en pénétrer l'esprit.

Sous l'ancienne législation, un seul notaire ne pouvait donner l'authenticité aux actes; il fallait qu'ils fussent passés devant deux notaires, ou devant un notaire en présence de deux témoins (1).

Il est vrai qu'une déclaration du 4 septembre 1706, enregistrée le dix-huit du même mois, institua des notaires syndics, qui pouvaient, comme notaires en second, signer les actes faits en leur absence. Déjà l'édit de 1681, homologué le 13 mai de la même année, avait les mêmes dispositions. Il paraît donc assez constant que, sous l'ancienne législation, on pouvait, pour la plupart des contrats, se dispenser de la présence des seconds notaires, et que leur signature seule suffisait pour qu'ils fussent authentiques.

Mais cet usage fut considéré comme abusif. On sait que l'ordonnance de 1735, art. 48, voulait impérieusement que le second notaire qui aurait signé un testament, sans avoir vu le testateur, sans l'avoir entendu prononcer ses dispositions, fût puni de mort. Voici comment le commentateur de l'ordonnance s'explique :

« Une peine aussi forte doit contenir les notaires dans la plus grande circonspection sur eux-mêmes. Tout le monde sait qu'ils sont dans l'usage, pour les contrats ordinaires, de les intituler : *Par-devant les notaires soussignés*, quoiqu'ils ne soient passés, tout au plus, que devant le notaire qui garde la minute; et que le notaire qui signe en second, pour la forme, n'ait aucune connaissance, ni des parties contractantes, ni de leurs conventions et stipulations. *C'est pourtant un abus, pour ne pas dire un faux*, contraire aux dispositions textuelles des ordonnances, qui n'attribuent le caractère d'authenticité aux actes, qu'autant qu'ils sont passés *en présence de deux notaires* (2). »

Ainsi, en 1735, postérieurement aux édits et déclarations, on regardait donc comme un abus l'absence du second notaire.

Les choses étaient en cet état, quand on s'occupa de la loi du 25 ventôse an XI; l'article 9 porte : « Les actes seront reçus par

(1) Ordonnance de Louis XII, art. 66; Ord. de Blois, art. 165, et Déclaration du 14 février 1737.

(2) *Esprit des Ordonnances*, tom. 1, pag 380.

deux notaires. » Deux notaires parents ou alliés au degré prohibé par l'art. 8, ne pourront concourir au même acte, art. 10; enfin, l'art. 68 dispose que, tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 9 et 10, est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties, et qu'il ne vaudra que comme écrit sous signature privée, si toutes les parties ont signé.

La loi est donc claire et precise; rien n'est omis, prescription formelle, peine de nullité prononcée. Néanmoins, on doit en convenir, la majeure partie des notaires ont pensé qu'ils pouvaient éluder la loi, et suivre l'ancien abus. Il y en a même qui ne craignent pas de recevoir seuls des donations entre-vifs.

Ces donations sont-elles valables? Telle est la véritable question qu'on va examiner.

Une donation ne peut valoir, qu'autant qu'elle est faite en la forme des contrats, qu'elle est reçue devant *notaires*, art. 931, C. civ. Il faut donc qu'une donation soit faite par acte authentique. Or qu'est-ce qu'un acte authentique? C'est celui qui est reçu par deux notaires.

Peut-on bien dire qu'un acte a été reçu par deux notaires, lorsque le notaire en second n'a pas été présent à l'acte, quand il ne connaît même pas le donateur; quand il ne sait pas s'il est sain d'esprit; quand il n'a pas la certitude que l'acte qu'on lui présente contienne l'intention de celui qui paraît donner? Il est impossible d'admettre un pareil système. Il tendrait à mettre la fortune des citoyens à la merci d'un notaire indélicat; il aurait pour résultat de donner un pouvoir extraordinaire à un seul homme. Jamais le législateur n'a eu cette pensée.

Comment se fait-il donc que des auteurs recommandables aient écrit que les notaires pouvaient faire seuls une donation entre-vifs, en la faisant signer par un collègue? Voyons aussi les motifs à l'aide desquels ils veulent faire triompher leur opinion.

Duranton, *Cours de Droit français*, tom. 13, n. 30, après avoir dit, tom. 8, n. 383, « qu'une donation faite par acte public, est un contrat solennel; qu'on doit, par conséquent, observer, pour la confection de l'acte, toutes les formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat; et qu'il suffit que l'une de celles prescrites à *peine de nullité*, par l'art. 68 de cette loi, ait été omise, pour que l'acte soit nul; » prétend d'abord, que l'art. 9 est tombé en désuetude. Il ajoute ensuite, que l'imagination s'effraye, en pensant à l'innombrable quantité d'inscriptions de faux, etc. etc. Ainsi, d'après lui, désuétude et danger!

Rolland de Villargues, *Répertoire du Notariat*, v° NOTAIRE EN SECOND, n. 4, partage l'opinion de Duranton. Favard de Langlade, *Répertoire de Législation*, v° ACTE NOTARIÉ, § 2, n° 2, n'est pas aussi formel; mais cependant il semble croire qu'on doive suivre l'ancien usage, pour les contrats en général, à l'exception des testaments. L'analyse de leur doctrine est, 1° que la loi du 25 ventôse an XI, n'a rien changé; 2° qu'elle est tombée en désuétude; 3° que l'usage fait loi, et que c'est une erreur commune : *error communis facit jus*; 4° qu'il y aurait danger à admettre l'inscription de faux.

On va reprendre ces objections et les combattre.

1re OBJECTION. *La loi de ventôse n'a rien changé*. On dit qu'au moment où l'on presentait cette loi, on avait proposé de rédiger l'article en ce sens, *reçu par deux notaires conjointement;* or ce mot, *conjointement*, n'a pas été conservé dans la loi : donc on a implicitement voulu suivre l'ancien usage. Au surplus, M. Locré a écrit, vingt-deux ans après la loi, qu'on ne voulait rien changer à l'ancien ordre de choses.

La loi n'a rien changé! Mais peut-on le soutenir raisonnablement, quand on voit qu'elle exige la présence de deux notaires? On dit, la *présence;* car, vouloir qu'un acte soit *reçu* par deux notaires, c'est dire, d'une manière bien positive, qu'ils assisteront l'un et l'autre au contrat. Il n'y a donc aucune différence entre cette locution : *Sera reçu par deux notaires conjointement*, ou *sera reçu par deux notaires*. On ne peut admettre que la loi se prête à cette interprétation : *Reçu par deux*, c'est-à-dire, *signé par un et signé par un autre*.

On n'a rien changé! Mais les anciennes ordonnances voulaient aussi la présence de deux notaires. Il a fallu l'édit du 13 mai 1681, pour qu'on pût se dispenser de la présence du second notaire. Voyons maintenant, si la loi de ventôse a rappelé les dispositions des anciennes ordonnances, ou si elle a fait revivre l'édit du 13 mai 1681.

N'est-il pas positif que ce sont les dispositions des ordonnances qui ont passé dans notre nouvelle loi? Car il était bien simple de dire, dans l'art. 9, que les notaires en second seraient obligés de signer les actes qui leur seraient présentés, quoiqu'ils n'eussent point été présents, comme le portait l'édit. Mais nulle part on ne trouve une semblable disposition; au contraire, on voit que le second notaire doit être le surveillant du premier.

Pour se convaincre de cette vérité, qu'on se reporte à l'art. 10 de la loi du 25 ventôse.

On sait qu'il ne veut pas que les deux notaires soient parents jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, conformément à l'art. 8. Quel motif a fait porter cet article? Écoutons parler M. Gagneraux, *Commentaire sur la loi du 25 ventôse an* XI, tom. 1er, pag. 209.

« Un acte ne fait foi, dit-il, que parce qu'il est appuyé du témoignage de deux notaires, ou d'un notaire et deux témoins. Mais pour que, dans le premier cas, ce témoignage soit à l'abri de tout soupçon, il faut que les deux notaires soient, l'un à l'égard de l'autre, dans une indépendance entière. Or, comme la parenté et l'alliance sont des liens qui pourraient établir des rapports de collusion entre ces officiers, la loi prohibe le concours de deux parents ou alliés, à peine de nullité ou de non authenticité de l'acte.

Conçoit-on qu'on puisse faire signer aveuglément un notaire, sans qu'il connaisse la véritable convention, et que l'on craigne une collusion? C'est cependant la conséquence du système de ceux qui veulent que la loi de ventôse ait conservé l'ancien usage. Il faut dire plutôt que, si la loi a voulu que les deux notaires ne fussent pas parents, c'est parce que le législateur désirait qu'il y eût véritablement deux notaires, pour donner une plus grande garantie.

Enfin, ajoutons à ce qu'on vient de dire, que, sous l'ancien droit, on n'avait pas prononcé la peine de nullité contre les actes reçus en l'absence du second notaire, et que l'art. 68 de notre loi nouvelle a établi cette peine.

Il résulte de la combinaison des articles 9, 10 et 68 de la loi de ventôse, que la présence du second notaire est exigée, et que l'édit du 13 mai 1681 a été abrogé. Duranton, tout en pensant que la signature du second notaire suffit, reconnait néanmoins que la loi de ventôse s'oppose à cet usage, tom. XIII, pag. 31.

2e OBJECTION. *La loi est tombée en désuétude.* Avant de trancher ainsi la question, il faut s'entendre sur le mot *désuétude*. La désuétude est l'abandon ou l'oubli de la loi, non par quelques parties d'une nation, mais par la généralité des citoyens. Ainsi, quand une loi n'est plus en rapport avec les mœurs actuelles, il faut bien qu'elle tombe en désuétude, parce que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois; il faut donc, 1° qu'une loi soit contraire aux mœurs; 2° qu'elle soit si peu connue, qu'on puisse la regarder comme oubliée; 3° qu'on cesse généralement de l'observer devant les magistrats, et qu'il n'y ait point de *réclamation de leur part.*

Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, v° DÉSUÉTUDE, *in fine*, ajoute : « Il y a une grande différence entre une loi dont on néglige l'exécution, et une loi qui, absolument, n'est plus observée. Lorsque l'inobservation de la loi est générale et bien caractérisée, on ne peut pas dire que ce soit une prévarication d'y manquer. Quand la loi, au contraire, est toujours sage, quoique ancienne, que les magistrats ne l'ont point rejetée, et qu'elle ne perd de sa vigueur que parce qu'ils ne sont pas assez attentifs à en maintenir l'exécution, on n'est point exempt de faute en y contrevenant. »

Peut-on dire, maintenant, que l'art. 9 de la loi de ventôse soit opposé à nos mœurs actuelles, quand on voit que l'intention du législateur a été de donner des garanties à la société? Peut-on dire que la loi soit ancienne, quand c'est une loi de notre époque? Peut-on prétendre que l'art. 9 soit oublié, lorsqu'il fait partie de la loi fondamentale du notariat, quand il n'est pas permis aux notaires de faire un acte, sans observer les dispositions de ce même article? Peut-on même prétendre qu'il soit généralement méconnu, quand la plupart des notaires l'observent pour les donations, et lorsqu'on en recommande l'application.

Le 24 avril 1828, la Cour de cassation a jugé que l'art. 9 de la loi de ventôse devait être observé, à peine de nullité. On a prétendu que cet arrêt ne tranchait pas la difficulté, parce qu'il s'agissait d'une révocation d'un testament, et que, comme la présence du second notaire est exigée pour les testaments, on devait aussi l'exiger pour la révocation. Les motifs qu'on prête à l'arrêt n'existent pas, et ne pouvaient même pas exister, puisque l'art. 1035, C. civ., veut que la révocation puisse être faite par un acte devant notaire, et que l'arrêt de la cour de Toulouse, qui a été maintenu, est ainsi motivé :

« Attendu que la disposition de l'art. 9 est trop claire et trop précise, pour qu'elle puisse être l'objet du plus léger doute, ou d'incertitude fondée ; que, d'ailleurs, *c'est dans le même esprit que toute la loi a été rédigée*, ainsi que cela résulte notamment des articles 8, 10 et 11. » Donc les motifs et l'arrêt sont puisés dans la loi de ventôse, et la cour a pensé que cette loi était encore en vigueur (1).

Le 9 août 1836, la Cour de cassation a encore fait l'application de l'art. 9; elle a consacré le principe, que cet article existait tou-

---

(1) Sirey, tom. XXVIII, 1. 204.

jours, et qu'on devait s'y conformer. Il est vrai que l'arrêt a décidé qu'on pouvait, suivant les circonstances, admettre ou rejeter l'inscription de faux. Cette jurisprudence paraît en opposition avec d'autres arrêts (1).

Ces deux arrêts ne peuvent prouver que la loi soit abrogée; car une loi ne peut pas être et n'être pas. On ne peut pas dire qu'elle soit tombée en désuétude, quand la cour suprême en fait l'application. On doit décider seulement qu'il est des cas où l'inscription de faux pourrait ne pas être admise. Si l'inscription ne devait pas entraîner la nullité de l'acte, il est certain qu'on ne devrait pas l'admettre, et cela peut arriver.

Par exemple, un acte de vente est reçu par un seul notaire; mais il est signé de toutes les parties. et a été exécuté : il vaudra comme acte privé. A quoi pourrait donc servir l'inscription de faux? On ne peut guère le prévoir, puisque l'acte serait toujours maintenu. Ce serait donc prendre une mesure rigoureuse, pour n'obtenir aucun résultat.

Il s'agissait bien d'une donation, dans l'arrêt du 6 août 1830; mais si l'on examine l'espèce, on sera convaincu que les faits de la cause ont eu une grande influence sur la décision. C'était le père qui plaidait contre la donation qu'il avait faite à sa fille; donation qui n'était pas gratuite, puisque le donateur avait reçu neuf mille francs, et avait chargé la donataire de payer 60,000 francs de dettes, ce qui avait été exécuté. Or ces circonstances pouvaient porter les magistrats à ne pas admettre l'inscription de faux, et ce sont, en effet, les faits qui ont déterminé la cour de Nîmes (2).

Aujourd'hui donc, il est impossible d'invoquer la désuétude, lorsqu'il s'agira d'une donation attaquée par les héritiers, après la mort du donateur. Du moins telle est l'opinion de l'auteur de l'article.

3e OBJECTION. *L'erreur commune fait loi : Error communis facit jus.* Cette objection est sans force; car on ne peut dire que, dans le cas actuel, il y ait véritablement erreur commune. *L'erreur commune* est l'ignorance absolue où l'on est d'un fait, ignorance tellement absolue, qu'il est impossible de reconnaître la vérité; autrement, l'erreur ne peut être une excuse. D'abord, personne n'est censé ignorer la loi, et il serait ridicule de prétendre qu'un notaire ne connaît pas la loi du 25 ventôse; ensuite, aujourd'hui que la question est constamment reproduite, on ne pourrait pas dire qu'on est dans l'erreur : seulement, on aurait suivi un système, et ce serait volontairement qu'on aurait agi.

4e OBJECTION. *L'intérêt général s'oppose à l'admission de l'inscription de faux.* On a exagéré le danger. Il n'est pas vrai, comme le dit Duranton, que la société serait bouleversée, si l'on admettait la nullité. Quelques observations vont démontrer que tout ce bouleversement se bornerait à faire rentrer entre les mains d'héritiers légitimes, des biens dont ils auraient été injustement dépouillés. Le mal ne serait pas si grand.

En effet, tous les actes qui existent, indépendamment de l'authenticité, ne pourraient guère être attaqués : 1° si ces actes sont signés de parties, ils vaudraient comme actes sous signature privée; 2° l'exécution d'un acte nul, peut en couvrir la nullité. Par exemple, un acte transmet une propriété; il porte que la somme a été payée : l'acquéreur s'est mis volontairement en possession : l'abandon volontaire du vendeur justifie l'énonciation de l'acte. Un homme afferme une propriété; il en jouit : à qui servirait de faire annuler le contrat, etc. etc....?

Mais quand il serait vrai qu'il y eût danger à faire exécuter la loi, on ne pourrait sanctionner un abus. Toullier dit avec raison que, « dans notre législation actuelle, il n'est pas plus permis aux juges de créer arbitrairement des nullités qui ne sont point établies par la loi, que de n'avoir point égard aux nullités qu'elle a prononcées. »

En résumé, la loi du 25 ventôse an XI, dans ses articles 8, 9, 10 et 68, est positive et claire; elle veut impérativement la présence de deux notaires, *à peine de nullité* ou *de non authenticité*. Cette loi ne distingue point entre les testaments et les autres contrats; elle a abrogé les anciens usages; elle est encore en vigueur, et doit être exécutée. Une donation, particulièrement, devrait être annulée, si elle était faite en l'absence du second notaire (3).

(*L'Investigateur.*)

(1) Sirey, tom. 26, 1, 78; tom. 33, 1, 625, et tom. 36, 1, 790.
(2) Sirey, tom. 30, 2, 312.
(3) Dalloz, *Dictionnaire de Législat.*, v° PREUVE LITTÉRALE, § 4, n. 151.

XL.

Droit pénal.

DE L'INFLUENCE DE LA CHOSE JUGÉE AU CRIMINEL SUR L'INSTANCE PORTÉE DEVANT LES TRIBUNAUX CIVILS.

DISSERTATION PAR AD. CHAUVEAU.

M. Mangin, t. 2, p. 379, n° 413, expose ainsi la doctrine de M. Toullier (1).

« L'argumentation principale de M. Toullier, à l'appui de son système, est celle-ci : aux termes de l'art. 1351 du Code civil, l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement : il faut que la chose demandée soit la même, et que la demande soit formée contre les mêmes parties : or l'action civile et l'action publique ont des objets différents : par l'une on réclame des dommages-intérêts, par l'autre on requiert l'application d'une peine ; le principe de l'une est l'intérêt privé, le principe de l'autre est la vindicte publique. Les parties ne sont point les mêmes lorsque la partie civile n'a pas figuré dans l'instance criminelle ; donc, le jugement qui est intervenu manque de deux des conditions exigées par le Code civil pour constituer la chose jugée.

» M. Merlin répond, continue M. Mangin, qu'il y a suffisamment identité d'objets dans deux procès, dont l'un dépend de l'autre ; que ce lien de dépendance existe toutes les fois que l'un des deux a pour objet une question préjudicielle à l'autre. Il ajoute qu'il y a identité de parties, parce que, dans les actions publiques, le ministère public agit au nom de la société aux risques, périls et avantages de tous les intéressés. »

M. Mangin finit en combattant l'opinion de M. Toullier. Dans une savante dissertation, l'élégant auteur de la *Théorie de la procédure civile*, M. Boncenne (2), donne une nouvelle force à l'argumentation de M. Mangin et adopte ses principes.

A nos yeux, il n'existe en aucun cas d'*influence* possible d'une juridiction sur une autre juridiction ; la chose jugée n'exerce pas d'*influence*, c'est la loi du juge, qu'on nous passe la hardiesse de cette expression. Ainsi, en 1833, le pouvoir législatif a été accordé à la Cour de cassation après un second pourvoi. Il serait inexact de dire que son dernier arrêt aura de l'*influence* sur la décision de la cour royale ; cet arrêt sera devenu l'expression de la volonté du législateur, et la cour de renvoi devra s'y conformer. Lorsqu'une juridiction, dans les limites de ses pouvoirs, a rendu une décision que personne n'a attaquée, cette décision forme la loi des parties qui ont figuré devant cette juridiction. La même contestation ne peut jamais être reportée du civil au criminel, du criminel au civil, d'un conseil de préfecture à un tribunal de première instance, etc. Le mot *loi* dit tout, il peignait

(1) T. 10, p. 361.

(2) T. 4, p. 39.

notre pensée d'une manière exacte; nous n'avons pas hésité à le prendre comme le symbole le plus complet.

Quelle peut donc être, avec ce rigorisme de principes, la difficulté de cette proposition : *De l'influence du criminel sur le civil?* A tout plaignant deux voies, la voie civile et la voie criminelle. Les intérêts civils reçoivent la vie en deçà et en dehors de l'intérêt social dont la défense, sous la figure de la *vindicte publique*, est confiée au ministère public seul. Par ces deux voies, tout plaignant peut et doit obtenir justice : si l'une d'elles est épuisée, les actes de l'officier public lui deviennent étrangers. Il a vu s'élever contre lui une barrière infranchissable, *la chose jugée, res judicata pro veritate habetur*, principe éminemment conservateur de la stabilité de l'ordre social, et que tous les jurisconsultes considèrent comme l'arche sainte. Mais cette *chose jugée* ne s'obtient pas par le seul contact de deux parties échangeant entre elles les interpellations d'une lutte judiciaire; il faut qu'il y ait conclusions et adjudication de conclusions par un tribunal ayant pouvoir et mission d'apprécier ces conclusions.

Ceci posé, qu'advient-il au civil? qu'advient-il au criminel ? Au civil, nulle difficulté; Paul est poursuivi par Léon pour lui avoir enlevé sa montre ; le tribunal civil rejette la demande, le ministère public poursuit Paul au criminel ; il est défendu à Léon de se porter partie civile. Contre lui s'élève la chose jugée. S'agit-il d'un faux incident ? Jugement qui rejette le faux, déclare la pièce vraie et condamne Léon. Le ministère public poursuit Paul devant la cour d'assises; il est défendu à Léon de se porter partie civile. Qui oserait contester de semblables propositions ? Au criminel, que peut-il arriver qui complique cette position nette et tranchée? Si la juridiction est correctionnelle, il y a acquittement ou condamnation, mais toujours adjudication ou rejet des conclusions de la partie poursuivante; si elle n'était que plaignante, la position pourrait être la même que celle que nous allons examiner. Si la juridiction est le grand criminel, la chambre des mises en accusation peut refuser de prononcer le renvoi aux assises, attendu qu'il n'y a pas d'indices suffisants. Ce n'est là qu'un acte d'instruction dont le bénéfice, comme chose jugée, ne pourrait pas même être invoqué par le prevenu mis en liberté, si de nouvelles charges s'élevaient contre lui. C'est comme un interlocutoire, un préparatoire même en matière civile ; la chambre des mises en accusation ne statue pas, elle ne juge point, elle n'admet ni ne rejette de conclusions. Son arrêt ne réunit donc aucun des caractères qui puissent nous représenter les éléments constitutifs de la chose jugée.

Mais le renvoi est ordonné, les débats sont ouverts devant la cour d'assises. C'est ici que commence la confusion perpétuelle des auteurs entre les devoirs des jurés et ceux de la cour. Quelle peut, quelle doit être la préoccupation des jurés? *Uniquement* la culpabilité ou l'innocence de l'accusé; il n'est permis à personne de pénétrer dans les motifs qui déterminent la sentence. Elle ne pourra produire qu'un acquittement ou une condamnation à une peine; elle n'exercera aucune *influence* on peut ici employer cette expression) sur les prétentions de la partie civile; que les questions soient bien ou mal posées; que le jury ait répondu oui ou non à cette question : *tel fait est-il constant?* la réponse se résumera toujours en une déclaration d'innocence ou de culpabilité. Un jury n'a pas mission de rendre un arrêt, il n'a que le pouvoir de déclarer que l'accusé est coupable ou innocent; autrement, sur la déclaration de tel fait, une cour serait forcée de prononcer des dommages-intérêts ou de les refuser, ce qui n'est pas. Il est admis maintenant, qu'après la déclaration du jury, si la cour est forcée d'appliquer la loi pénale contre l'accusé ou de le renvoyer, elle est complétement libre d'accorder ou de refuser des dommages-intérêts; elle peut ne tenir aucun compte de la décision du jury. Le jury n'est appelé à juger que la *criminalité* du fait; tout ce qui est en dehors de cette *criminalité* est du domaine de la cour d'assises ou des tribunaux ordinaires. Une décision du jury n'est pas un arrêt, elle ne peut jamais entrer dans les éléments de la chose jugée; c'est une déclaration dont la conséquence pénale est édictée par le juge, mais voilà tout. C'est après cette déclaration que commence sérieusement le procès civil, et que les conclusions en dommages-intérêts sont prises soit par l'accusé acquitté, soit par la partie civile.

Qu'il nous soit permis de puiser dans ces principes, qui nous paraissent hors de toute contestation, des conséquences toutes naturelles, toutes logiques, en passant en revue les diverses positions qui ont fait l'objet de longues dissertations de la part des auteurs.

Première *hypothèse*. L'accusé est déclaré coupable. La cour, vu la déclaration du jury, le condamne à la reclusion; la société est vengée; aucun plaignant n'élève la voix, aucune condamnation civile ne peut intervenir. Les droits des parties resteront intacts devant la juridiction civile. Devant les tribunaux civils, le condamné, lorsqu'il élèvera des prétentions contraires en apparence à l'arrêt qui l'aura frappé, ne pourra pas être repoussé

par la force de la chose jugée, puisque son adversaire n'a pas voulu recourir à la voie criminelle, et a préféré s'en tenir aux juges civils. Il est par trop certain, que, si ce condamné ne fournit pas la preuve la plus éclatante de son bon droit, *l'influence morale* de la condamnation sera écrasante pour lui, et que les juges, s'armant du pouvoir discrétionnaire que leur accorde, en certains cas, la jurisprudence, accueilleront les prétentions de son adversaire, et, s'il s'agit d'un faux, par exemple, déclareront qu'il existe, sans s'astreindre aux longues évolutions de la procédure: mais ce ne sera pas par suite de la puissance légale de la chose jugée que ses conclusions seront rejetées. Si, au contraire, la partie civile, présente au procès criminel, a posé ses conclusions, ce n'est pas à dire pour cela que nécessairement, *forcément*, la cour prononce contre le condamné des restitutions et dommages-intérêts. L'art. 363 du Code d'instruction criminelle permet au condamné de se défendre sur les conclusions en dommages-intérêts et restitution. Donc la cour a le droit de rejeter les prétentions de la partie civile qui, en certains cas, peuvent être inadmissibles et même immorales.

Seconde *hypothèse*. L'accusé est déclaré non coupable. Quelles que soient les déclarations du jury, la cour ne peut que prononcer l'acquittement. S'il n'y a pas de partie civile, l'État est condamné aux dépens; et l'acquittement ne produit qu'un résultat, celui de préserver l'accusé de toute poursuite ultérieure criminelle pour le même fait: il faut se pourvoir devant les tribunaux civils pour obtenir des dommages-intérêts contre son dénonciateur (1); de même que toute partie intéressée peut le poursuivre en restitution, en dommages-intérêts, sans qu'il puisse jamais opposer un arrêt pour lui, un arrêt qui le met en défense contre les poursuites de la société, mais qui ne doit point préjuger les intérêts civils d'une partie étrangère au procès criminel. Au contraire, si la partie civile a pris des conclusions, le débat civil, sur lequel la déclaration du jury n'exercera aucune *influence*, se vide immédiatement devant la cour. L'individu attaqué et la partie civile se livrent à une lutte dont l'issue est loin d'être certaine en faveur du premier. L'espèce dans laquelle nous avons obtenu, le 21 octobre 1835 (S., 1835, 1re partie, p. 850), un arrêt de la Cour de cassation, prouve suffisamment qu'une cour ne se laisse pas influencer par la décision du jury. En matière de presse, le même principe a été appliqué, malgré les efforts et le talent de notre confrère et ami Me Crémieux. (Arrêt de cassation du 27 février 1835, *Journal du droit criminel*, 1835, p. 95.)

Quel *abominable danger* (2) présente donc cette doctrine si simple à exposer, si facile dans l'exécution? Chaque juridiction conserve sa sphère d'action, sans empiéter sur une autre juridiction. Les parties restent maîtresses de suivre à leur gré les diverses voies que leur ouvre la loi. Les principes conservateurs de la chose jugée demeurent intacts, et la controverse n'est plus impossible. Il a fallu tant d'efforts de la plus ingénieuse dialectique pour colorer la doctrine de MM. Merlin, Dalloz, Boncenne', etc., que notre esprit a refusé d'adopter une opinion destructive de la chose jugée, et qu'on ne pouvait péniblement édifier qu'à l'aide d'inductions et de probabilités. Dans les questions d'une haute portée comme celle-ci, quelle que soit la solution qu'on adopte, on découvrira des inconvénients; mais le plus grave de tous, à notre sens, c'est d'ôter à des principes générateurs leur caractère d'universalité, et de créer en dehors de la loi des exceptions que n'exige nullement un prétendu besoin d'équilibrer les juridictions civiles et criminelles.

Votre doctrine serait admissible, nous dira-t-on, si une grave objection ne venait créer, malgré vous, une exception qui établit jusqu'à l'évidence *l'influence* que vous déniez d'une juridiction sur l'autre. Ce n'est plus, à la vérité, de l'influence du criminel sur le civil qu'il s'agit, mais bien de l'influence du civil sur le criminel; et M. Merlin et M. Boncenne, et M. Dalloz, de répéter que cette exception est un argument invincible; le voici: Les articles 182 du Code forestier, et 327 du Code civil, parlent de jugements préjudiciels à intervenir, lesquels jugements exerceront une influence directe sur la juridiction criminelle; or le ministère public, restant dans sa sphère de surveillance pour maintenir l'observation des lois, requérir et conclure, ne doit pas être compté au nombre des parties entre lesquelles se rendent les jugements civils sur les questions d'état et les droits de propriété; et pourtant les faits positivement décidés par ces jugements ne peuvent plus être niés ni débattus, quand on

(1) L'attribution de juridiction de l'article 359 du Code d'instruction criminelle n'a été présentée par aucun auteur comme une objection sérieuse; aussi ne croyons-nous pas devoir nous y arrêter.

(2) Expressions de MM. Mourre et Boncenne.

arrive devant la juridiction criminelle ; l'influence du civil sur le criminel, et réciproquement, ne tient donc pas essentiellement à ce que les mêmes personnes y soient réellement et nominativement engagées (1). Nous répondrons d'abord que ces exceptions mêmes écrites dans la loi, et plusieurs autres que nous pourrions citer, relatives au dépôt, à l'adultère, aux injures, dans lesquelles une volonté particulière enchaîne l'action publique, confirment la règle générale ; mais, du reste, qu'y a-t-il d'étonnant que le législateur n'ait pas voulu qu'en matière de filiation la partie publique vînt, par une poursuite indiscrète, jeter le trouble dans une famille ; que le législateur ait renvoyé aux tribunaux civils la décision d'un litige de propriété purement civil, et ait prescrit à celui qui se défend en disant *feci, sed jure feci*, d'aller, dans un certain délai, plaider avec son véritable adversaire, pour que, muni d'un titre de propriété, il démontre au ministère public qu'il est sans intérêt à le poursuivre, surtout lorsque l'article 182 exige des présomptions de propriété avant de permettre le sursis ? Qu'au lieu d'un jugement, la partie poursuivie devant un tribunal correctionnel présente un acte de propriété inattaquable, le ministère public soutiendra-t-il que cet acte est *res inter alios acta* ? Le seul motif du législateur dans le renvoi à fins civiles a été de ne pas encombrer les tribunaux correctionnels de procès civils ; c'est une restriction de juridiction. Le jugement qui intervient au civil détermine sur quelle tête doit reposer la propriété ; si le procès civil eût eu lieu avant le débat correctionnel, il aurait empêché nécessairement la citation du ministère public : on ne voit pas pourquoi il n'arrêterait pas la continuation des poursuites. C'est vainement que nous approfondissons ces assimilations. Nous n'apercevons pas la portée de l'argument, varié sous toutes les formes par les auteurs que nous combattons.

On puise un nouvel argument dans l'article 235 du Code civil ; mais qui ne voit que le sursis est indispensable, puisque l'art. 232 du même Code prononce le divorce, lorsque l'un des époux a été condamné à une peine infamante ? On insiste, et on se fonde sur l'art. 240 qui ordonne le sursis, lorsque le tribunal a cru découvrir des indices de faux ; dans ce cas, dit-on, la question préjudicielle est élevée et elle doit produire les mêmes effets. Dans l'espèce de l'art. 182 du Code forestier, le jugement au civil anéantissait toute action au criminel ; dans l'espèce de l'art. 240, la poursuite au criminel doit amener le même résultat. Ici encore, selon nous, on fait une confusion évidente du caractère des deux juridictions ; au criminel pas de poursuites possibles sans corps de délit ; or, la loi disant que les tribunaux civils seuls auront le pouvoir de juger les questions d'état et de propriété, ces questions une fois jugées en faveur du prévenu, il n'y a plus de corps de délit et partant plus de poursuite possible ; mais, dans un débat d'intérêts civils, ce n'est plus un principe de droit pénal qui servira de règle, c'est toujours une disposition de la loi civile. Or les seules preuves légales qui puissent déterminer la conviction des tribunaux civils, c'est un acte émané de la partie, des présomptions graves, précises, concordantes, ou une enquête, selon les cas, et enfin la chose jugée telle qu'elle est définie par la loi civile. Comment donc fondre deux positions si différentes, rattacher deux espèces qui ne sont pas régies par les mêmes lois ? Aussi qu'on lise les discussions de nos savants contradicteurs, et on verra quelles nuances ils sont forcés d'admettre, et que de cas ils cherchent à soustraire à ce qu'ils appellent *l'influence du criminel sur le civil* : pour être conséquent avec leur système de *préjudicialité*, selon l'expression de M. Boncenne, il faudrait, toutes les fois que sur une inscription de faux il y a eu sursis et que la juridiction criminelle ne condamne pas le prétendu faussaire, que la pièce ne pût pas lui être contestée. Au contraire, ils distinguent, ils introduisent un autre principe aussi subversif des idées judiciaires que celui-là même que nous combattons au fond : ce n'est plus du seul dispositif d'un arrêt que devra ressortir la chose jugée, ce sont les motifs qui feront la loi. Ainsi, la chambre des mises en accusation a-t-elle déclaré qu'il n'y avait lieu à suivre, la conséquence logique serait bien que le faux n'existe pas ; cependant aucun auteur ne veut accorder *d'influence* à cet arrêt, même quand il sera motivé. L'accusé a-t-il été traduit devant la cour d'assises, sur un acte de mise en accusation, énumérant toutes les circonstances du faux ; mais la cour d'assises a-t-elle été forcée de l'acquitter par suite d'un verdict négatif ? Il n'y a rien de jugé, dit-on encore d'une manière absolue. Posant là un troisième principe qui dénature l'institution du jury appelé uniquement à apprécier une culpabilité et non à juger des procès civils, on veut que l'influence existe si le jury a dit : *Non l'acte n'est pas faux*, et que cette influence n'existe pas si le jury, se renfermant dans les véritables limites, s'est contenté de répondre : *Non, l'accusé n'est pas coupable.* Étonnante métaphysique du droit, qui ne sa-

(1) Boncenne, t. 4, p. 51.

tisfait nullement l'esprit. Mais la raison ne se révolte-t-elle pas contre cette singulière, cette étrange doctrine, qui, en définitive, créera contre un individu un droit irréfragable, toutes les fois qu'il sera condamné, et lui marchandera le bénéfice d'un arrêt d'acquittement. Condamné, il n'a plus le droit de se plaindre, sa honte est une *vérité* : acquitté, il reste soumis à d'incessantes poursuites, qui feront crouler dans ses mains des actes dont il a démontré l'exactitude au grand jour de l'audience criminelle. Comment nos jurisconsultes les plus éclairés n'ont-ils pas reculé devant ces illogiques et barbares conséquences de leur système? Le motif de cette persistance, c'est qu'engagés dans une voie sans règle fixe, sans bornes certaines, *la représentation au criminel de la société par le ministère public*, ils n'ont trouvé l'entier accomplissement de cette représentation que quand le magistrat mandataire avait obtenu la condamnation. En cas d'acquittement, ses mandants peuvent, selon eux, refuser ratification. Aussi le vénérable M. Toullier que M. Boncenne (1) a cru pouvoir accuser de *s'être laissé entraîner par une ardeur de discussion*, s'écriait-t-il : « Étrange représen- » tant que celui qui n'a point, ni ne peut pas » même recevoir le mandat du représenté, ni » prendre des conclusions pour lui !.... » Et le savant auteur de la théorie d'ajouter.... « Véritablement, le ministère public n'est » point le mandataire de la partie pour requé- » rir la réparation civile du dommage qu'elle » a souffert; mais il représente la société tout » entière pour faire juger l'existence du fait » dommageable. »

Pourquoi donc alors se porter partie civile? il est plus prudent d'attendre la décision du criminel. Si l'accusé est absous, rien ne sera jugé en sa faveur; le plaignant pourra le poursuivre devant les tribunaux civils, et soutenir sa culpabilité; s'il est condamné, le plaignant, s'armant de la sentence alors inexpugnable, demandera sur état des dommages-intérêts.

La plupart des auteurs ont examiné la prétendue influence du criminel sur le civil à l'occasion du faux, et ils ont alors posé des principes généraux qui peuvent s'appliquer aux décisions de tous les tribunaux de répression; mais n'auraient-ils pas reculé devant la conséquence de leur étrange système, s'ils avaient pesé chacune des espèces que peut avoir à juger la juridiction criminelle? Ainsi, même en cette matière spéciale, Pierre poursuivi est acquitté ou condamné pour avoir commis un faux dans un acte de vente; l'arrêt empêchera-t-il que la validité ou la nullité de l'acte de vente puisse être soutenue par toutes les parties? Mais si la poursuite n'est portée que devant le tribunal de police correctionnelle sous la prévention d'escroquerie, le jugement développe, dans de longs motifs, qu'il n'y a pas eu d'escroquerie et renvoie le prévenu; le plaignant, qui ne figurait pas à ce jugement, aura-t-il été représenté par le ministère public, à tel point qu'il ne puisse plus rien demander aux tribunaux civils? Oserait-on le soutenir? Et cependant il est aussi *abominable* de voir un tribunal civil juger le contraire de ce qu'aurait décidé un tribunal correctionnel, que de le voir juger contrairement à un arrêt de cour d'assises. Dans les deux cas, l'ordre public est intéressé plus ou moins; le poursuivant, dans l'intérêt de tous, aura toujours été le ministère public. Devant le tribunal correctionnel, il n'y a plus le même embarras que devant les cours d'assises; les motifs sont explicites, soit pour l'acquittement, soit pour la condamnation. Tout dépendrait donc du zèle et de l'intelligence des fonctionnaires du parquet; en leurs mains reposerait le sort des procès les plus graves, et la compétence des tribunaux civils disparaîtrait toutes les fois que la juridiction criminelle aurait été saisie. Dans notre système, au contraire, tout s'harmonise en présence d'un respect absolu pour le principe conservateur de la *chose jugée*. Le plaignant pouvait se rendre partie civile et conclure; de même, en garantie formelle, la partie assignée peut appeler garant pour prendre son fait et cause. Le plaignant a-t-il refusé de suivre les chances de la voie criminelle, a-t-il préféré ses juges naturels? tout restera intact entre lui et son adversaire. Ce ne sera pas un condamné contre lequel il plaidera, car rien n'aura été jugé avec lui; ce qui aura été jugé au criminel sera de nouveau jugé au civil; la condamnation ou l'acquittement formeront évidemment des préjugés fort graves, et l'influence morale s'attachera à l'instance, malgré la force négative des principes, mais au moins la base de la *chose jugée* ne formera pas une fin de non-recevoir légale; la décision du juge civil pourra être différente de celle du juge criminel. De même, un défendeur qui a préféré courir les chances d'une double instance et n'a assigné son garant qu'après l'épuisement du procès principal, peut se trouver, malgré le respect dû à la chose jugée, dans une position plus fâcheuse encore; car, condamné à rendre un immeuble acheté par lui, il peut se voir refuser le remboursement de son prix par son vendeur qui, plus habile que lui, ou devant un autre tribunal, démontrera

(1) Tome 4, p. 41.

que le premier jugement, même un arrêt de cour souveraine ou de Cour de cassation, a violé la loi. Tout cela en vertu de ce précepte que la chose jugée n'existe qu'autant que le juge, dont la décision est invoquée, a tranché la même question, entre les mêmes parties, agissant en la même qualité.

Une seule exception, dont aucun auteur n'a cru devoir parler, se lit dans l'art. 727 du Code civil : « Sont indignes de succéder, dit » cet article, 1° celui qui serait *condamné* pour » avoir donné ou tenté de donner la mort au » défunt; 2° celui qui a porté contre le défunt » une accusation capitale, jugée calomnieuse.» Ce n'est point au civil qu'auront été vidées les deux instances. En vain l'héritier, après avoir donné la mort à l'auteur commun, serait-il poursuivi devant les tribunaux civils par ses cohéritiers; en vain ces mêmes cohéritiers voudraient-ils prouver devant les tribunaux la calomnie d'une plainte capitale; il faut, dans le premier cas, qu'il y ait eu *condamnation*, et, dans le second, qu'il y ait eu *accusation, jugée calomnieuse*. Dans une de ces circonstances, c'est au ministère public à faire constater le fait duquel dépendra la question civile d'indignité. C'est ainsi qu'une condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte la privation des droits civils. On conçoit cette conséquence d'une condamnation sur l'état, la condition de l'individu; ce n'est pas là une influence d'une juridiction sur l'autre, c'est la qualité altérée par une condamnation. L'héritier sera indigne par la seule force de la loi et de la condamnation.

M. Boncenne, préoccupé, dans l'examen de cette sérieuse difficulté, des dispositions sur le faux, tire un argument de l'art. 463 du Code d'instruction criminelle, et dit avec Merlin, *Questions de droit*, v°. *Faux*, § 6, qu'en cas de condamnation, même sans l'intervention d'aucune partie civile, en vertu de cet article, les pièces jugées fausses, en tout ou en partie, sont *supprimées, lacérées ou rayées*. « Le législateur pouvait-il, ajoutent ces deux savants jurisconsultes, annoncer d'une manière plus positive, que par cela seul que le faux était jugé constant avec le ministère public, il était censé jugé tel avec tous ceux à qui il importait que les actes ne fussent plus reproduits en justice par l'accusé. Mettre l'accusé hors d'état d'en faire désormais usage envers *qui que ce fût*, n'était-ce pas dire nettement qu'il ne serait plus désormais recevable à soutenir, envers *qui que ce fût*, qu'il ne s'était pas rendu coupable de faux. » La disposition du Code d'instruction criminelle serait-elle aussi précise, que nous n'y trouverions pas encore une raison de décider. La pièce, même déchirée, sur la plainte d'un fripon qui n'aurait pas osé toutefois se porter partie civile, on peut en trouver le double à sa mort, double reconnu par lui, et l'accusé gagnera alors, devant les juges civils, un procès que la faillibilité humaine seule lui aura fait perdre devant les tribunaux criminels. Mais le Code d'instruction criminelle est loin d'être aussi explicite que le supposent MM. Merlin et Boncenne; l'article est ainsi conçu : « Lorsque les *actes* » *authentiques* auront été déclarés faux en » tout ou partie, la cour ou le tribunal qui aura » connu du faux, ordonnera qu'ils soient *réta-* » *blis, rayés ou réformés*, et du tout il sera » *dressé procès-verbal*. » Nous remarquons 1° qu'il ne s'agit ici que des actes authentiques; chaque jour des expéditions de ces actes peuvent être demandées, et il ne faut pas qu'après un arrêt de condamnation on puisse délivrer une expédition qui reproduirait une erreur probable; 2° ces actes ne doivent pas être supprimés ou lacérés, autrement le législateur aurait été bien imprudent, car, sur le pourvoi de la partie condamnée, l'arrêt peut être cassé, et ce sera devant un autre jury que son innocence devra être proclamée; si la suppression était consommée, l'élément premier manquerait au procès; que, si l'on répond que l'exécution même de l'art. 463, quoiqu'il dise quand la *quinzaine de l'arrêt*, serait suspendue par un pourvoi, toujours est-il que les parties peuvent avoir intérêt à ce que, devant les tribunaux civils, la pièce fausse soit représentée, ne serait-ce que pour servir de commencement de preuve par écrit; 3° enfin, le législateur a pris le soin lui-même *d'indiquer* qu'il ne voulait prescrire qu'une mesure essentiellement conservatrice. On *rétablit*, *on raye*, on *réforme*, mais on dresse du tout *procès-verbal;* c'est-à-dire qu'on énonce qu'à tel endroit on a ajouté un mot, que tel autre a été bâtonné ou que telle phrase a été modifiée. Voyons maintenant comment le législateur s'est exprimé dans le Code de procédure civile, lorsque toutes les parties intéressées étaient en présence devant les tribunaux ordinaires. Art. 241 : « Lorsqu'en statuant sur l'inscription de faux, le tribunal aura ordonné LA SUPPRESSION, LA LACÉRATION ou la radiation en tout ou en partie, même la réformation ou le rétablissement des pièces déclarées fausses, il sera sursis à l'exécution de ce chef du jugement, tant que le condamné sera dans le délai de se pourvoir par appel, requête civile ou cassation, ou qu'il n'aura pas formellement et valablement acquiescé au jugement. » Quelles différences dans l'expression même du législateur! Ce ne sont plus ces simples modifications; ce n'est plus ce procès-verbal protecteur de tous les droits; *c'est* la *suppression*, la *lacé-*

ration; mais aussi elles ne pourront être consommées qu'après l'écoulement de tout délai pendant lequel une réformation serait possible. Qui ne voit dans cette rédaction un motif déterminant de dénier à un jugement criminel la force de *chose jugée* qu'on veut dissimuler sous le nom plus modeste d'*influence?*

Quelques auteurs se sont emparés des termes assez obscurs de l'art. 214 du Code de procédure pour en conclure que tout jugement intervenu, soit avec le demandeur, soit avec le défendeur, devait obtenir la force de la chose jugée. Pour être convaincu de l'erreur de ces jurisconsultes, il suffit de jeter les yeux sur les discussions qui ont eu lieu lors de la rédaction du Code, rapportées par M. Locré, t. 21, pages 454, n° 122, et 606, n° 14. M. Boncenne lui-même reconnait que, « ni les rédac-» teurs de l'ordonnance de 1737, ni les ré-» dacteurs du Code de procédure ne se sont » occupés de ce point, et que l'on étend leur » expression par delà leur pensée, en la dé-» tachant des règles du droit commun. Les » observations du tribunat, ajoute-t-il, prou-» vent assez clairement que ces mots : *soit » avec le demandeur, soit avec le défendeur » en faux,* ne se rapportent qu'à une *simple » vérification d'écriture,* qui aurait précédé » l'inscription de faux et qui n'y peut jamais » faire obstacle. Le reste n'est qu'une sorte » d'incise qui ne se lie pas autrement à la » principale disposition de l'article. Ce serait » fort mal raisonner, je crois, que d'en ex-» traire un argument *à contrario,* dont la » conséquence donnerait une autorité uni-» verselle au jugement intervenu en faveur » d'une pièce arguée. »

Pendant longues années, les auteurs, cédant à la doctrine de cette influence de la chose jugée au criminel, n'hésitaient pas à dire qu'un officier ministériel poursuivi criminellement ne pouvait plus l'être disciplinairement, lorsqu'il avait été acquitté; la maxime *non bis in idem* était invoquée, et la jurisprudence flottait incertaine, Enfin, elle est fixée, et *l'influence* est écartée (1). Pourquoi? par cette raison, qui a constamment vivifié notre discussion, que l'on ne rencontrait pas dans de semblables espèces tous les caractères de la chose jugée. Certes, c'étaient bien les mêmes parties, puisque le ministère public était poursuivant dans les deux positions, mais l'objet n'était plus le même. Dans la première poursuite, l'application d'une peine était demandée aux juges compétents, dans la seconde, ce n'était plus qu'une mesure disciplinaire, tenant autant à l'honneur du corps de l'officier ministériel qu'à l'intérêt général de la société.

Nous croyons devoir transcrire, en terminant, les motifs du dernier arrêt de la Cour de cassation, qui nous paraissent révéler en faveur de notre système, la pensée des magistrats de cette cour. « Attendu, a dit la cour, sur le pre-» mier moyen, tiré de la violation des art. 1350 » et 1351 du Code civil (2), en ce que l'arrêt » attaqué a déclaré faux le contrat du 12 avril » 1823, souscrit par l'auteur des défendeurs » éventuels, au profit du demandeur, au mé-» pris de la chose jugée par l'ordonnance de » non-lieu qui l'avait relaxé de l'accusation de » faux; que cette ordonnance qui, *dans un » intérêt public et par voie criminelle,* » n'avait statué que relativement à la personne » de Charlot, n'a pu empêcher d'examiner, » *dans un intérêt privé et par la voie du » faux incident,* toutes les questions rela-» tives à la fausseté et à la validité du con-» trat dont le demandeur prétendait se préva-» loir contre les défendeurs éventuels, etc. »

RÉSUMÉ DE LA JURISPRUDENCE

Sur la maxime *non bis in idem* et l'exception de *chose jugée,* appliquées à l'action *disciplinaire.*

En thèse générale *l'action criminelle et l'action disciplinaire sont indépendantes l'une de l'autre,* l'objet de la première ne pouvant être qu'un fait réprimé par la loi pénale, et son but l'application d'une peine; l'objet de l'autre étant toujours un manquement aux devoirs de la dignité ou de la profession, et son but l'application d'une mesure de discipline qui n'est pas une peine proprement dite.

Ainsi, la condamnation disciplinaire, encourue par un magistrat, ne s'oppose pas à l'exercice d'une poursuite correctionnelle pour le même fait.

Cass., ch. crim. 12 mai 1827. (S., 27 1, 182; D., 27. 1, 240.)

Rejet., ch. crim. 22 décembre 1827. (S., 28. 1, 156; D., 28. 1, 67.)

---

(1) Arrêt de cassation du 12 avril 1837. (J. av., t. 53, p. 552).

(2) Qu'on remarque bien que le demandeur en cassation n'avait pu fonder son pourvoi que sur la violation de la chose jugée, parce que le principe de l'*influence* ne trouve sa sanction dans aucun article de loi.

De même, ***La condamnation criminelle ou correctionnelle, prononcée contre un magistrat, notaire ou officier ministériel, ne fait point obstacle à l'exercice de l'action disciplinaire.***

C. de cass. ch. rénn. 8 décembre 1809. (S. 10. 1. 202; D. A. 2. 602; J. Av. 10. 535.)

C. de cass. ch. réun. 27 juillet 1810. (S. 11. 1. 34; D. A. 2. 603; J. A. 10. 552.)

Req. 31 octobre 1811. (S. 12. 1. 4; D. A. 2. 504; J. A. 16. 811; Merlin, Rép. v° *Notaire*, p. 290.)

Req. 24 juin 1828. (S. 28. 1. 370; D. 28. 1. 292.)

Grenoble, 26 décembre 1828. (S. 29. 2. 212; J. A. 37. 222.)

Voy. aussi deux circulaires du ministre de la justice des 23 février 1810 et 18 janvier 1811. (*Code du notariat*, t. 1, p. 409 et 414.)

La décision affirmative ou négative des tribunaux de répression n'a t-elle pas force de chose jugée pour la poursuite disciplinaire, en ce sens que les faits reconnus vrais ou déniés par le premier jugement ne peuvent plus être remis en question?

Dans ce sens :

Cass. 24 juillet 1822. (S. 23. 1. 39; D. A. 2. 605.)

Pau 28 janvier 1824. (J. A. 28. 266.)

Req. 29 juin 1824. (D. A. 606.)

Rejet, 24 janvier 1837. (S. 37. 1. 122; D. 37. 1. 64; J. A. 53. 279.)

L'absolution de l'accusé ou prévenu, et de même son acquittement basé sur la prescription, permettent à la juridiction disciplinaire d'apprécier le fait dans ses rapports avec les règles de discipline.

Req. 30 décembre 1824. (S. 25. 1. 267; D. P. 1. 129.)

Contrà Bourges 20 avril 1826. (D. P. 25. 2. 249.)

La déclaration de non-culpabilité par le jury permet-elle l'exercice ultérieur de l'action disciplinaire pour le même fait? Rés. aff.

Req. 13 janvier 1825. (S. 25. 1. 257; D. P. 25. 1. 129.)

C. de cass. ch. réun. 30 mai 1832. (S. 33. 1. 563.)

Req. 29 décembre 1836. (S. 37. 53; J. A. 52. 24.)

Req. 12 avril 1837. (S. 37. 1. 292; J. A. 53. 553.)

Limoges 21 juin 1838. (S. 39. 2. 143; J. A. 56. 101.)

Req. 27 nov. 1838. (S. 38. 1. 965; D. P. 39. 1. 11; J. A. 56. 48.)

L'arrêt de la chambre d'accusation qui décide qu'il n'y a lieu à suivre, permet-il au ministère public de poursuivre disciplinairement? Rés. aff.

Req. 3 mars 1824. (D. A. 2. 606.)

Colmar 5 mars 1825 et 8 mars 1825. (S. 25. 2. 416; D. P. 25. 2. 183.)

Req. 24 juin 1828. (S. 28. 1. 370; D. P. 28. 1. 292.)

Cass. ch. crim. 1er mai 1829. (D. p. 29 1. 235.)

(*Journal du Droit criminel.*)

XLI.

Droit civil.

Prescription. — La prescription de l'action en résolution pour vice rédhibitoire est-elle interrompue par une sommation faite au vendeur, dans les délais utiles, de reprendre la chose vendue, et d'en rembourser le prix? — (Résolu affirmativement.)

Au premier abord, cette importante question peut paraître douteuse : car l'art. 2244 du Code civil ne confère le droit d'interrompre toutes espèces de prescriptions *qu'aux citations en justice, aux commandements, et aux saisies,* signifiés à ceux qu'on veut empêcher de prescrire, ce qui semble exclure les sommations, et tous autres actes extra-judiciaires, qui ne rentrent pas dans l'énumération de cet article. Toutefois, après un examen attentif des principes en matière de prescription, surtout lorsqu'il s'agit de les ap-

pliquer à une action dont la durée est si courte, qu'elle doit être formée, suivant certains usages, dans les neuf jours de la vente, on est forcé de reconnaître que la sommation faite par l'acquéreur au vendeur de reprendre la chose vendue, et d'en rembourser le prix et les frais, suffit pour interrompre la prescription. Il ne faut point être dupe des mots : une sommation, en effet, dans les termes dont on vient de parler, est, à vrai dire, un commandement. Si elle ne peut pas recevoir rigoureusement cette dénomination, c'est uniquement parce que l'obligation imposée au vendeur de reprendre sa chose, ne résulte pas d'un acte authentique, mais seulement de la loi, des termes des articles 1641 et suivants du Code civil. Au fond, ce n'est autre chose qu'un commandement; il doit être conçu dans les mêmes termes : la forme étant la même, les effets doivent aussi être les mêmes.

Qu'on doive décider autrement, lorsqu'il s'agit d'une simple sommation, par exemple, de la sommation d'être présent à une expertise, ou de tout autre acte d'huissier de pur expédient, cela se conçoit : l'intention de faire résilier la vente, de la part de l'acquéreur, n'en résulte pas assez clairement. Mais, toutes les fois que l'acquéreur met positivement le vendeur en demeure de remplir une obligation que la loi lui impose; qu'il remplit, à cet égard, les mêmes formalités qui sont exigées pour un commandement, s'il ne fait pas précisément un acte pouvant recevoir cette dénomination, on est, à coup sûr, fondé à considérer la sommation comme un acte interruptif de la prescription.

M. Troplong est le seul auteur, que nous sachions (1), qui se soit occupé de ce point de droit, à l'occasion d'une question qui a beaucoup d'analogie avec celle que nous examinons : il émet, *Traité des Prescriptions*, n° 579, l'opinion que la sommation de payer ou de délaisser, faite au tiers détenteur, doit être considérée comme un acte interruptif de la prescription, « par la raison, dit-il, que cet acte tient plus, par son but et ses effets, du commandement que de la simple sommation. »

Si l'on consulte la jurisprudence, on trouve des documents plus favorables encore. Nous citerons un arrêt de la cour de cassation, chambre des requêtes, du 5 avril 1830, et un de la cour de Bourges, du 12 mars 1831. La première a décidé que l'action pour vice rédhibitoire ne pouvait être déclarée non recevable par le motif qu'elle n'avait été formée que trente et un jours après la vente (tandis qu'elle aurait dû être intentée, d'après l'usage de la localité, dans les neuf jours), si l'acheteur a averti le vendeur dans un bref délai, du vice qu'il avait fait constater peu de temps après la vente. La seconde a jugé que l'action résultant d'un vice rédhibitoire était recevable, quoique non formée dans le délai fixé par les usages, si, avant l'expiration du délai, ce vice a été constaté par une visite des gens de l'art, et dénoncé au vendeur.

Ces arrêts prêtent, sans contredit, un puissant appui à notre solution; toutefois, en présence de l'art. 2244 du Code civil, nous n'oserions considérer, comme ils l'ont fait, une simple dénonciation du vice rédhibitoire au vendeur, comme un acte interruptif de la prescription.

L'intention de faire résilier la vente ne nous semble pas assez formellement exprimée, pour constituer autre chose qu'une simple velléité, une intention vague et mal arrêtée. Or ce ne serait même pas assez que la volonté fût complète et définitive dans l'esprit de l'acquéreur, si elle n'était nettement formulée, et légalement portée à la connaissance du vendeur, chez lequel, autrement, la force prescriptive continue à se développer sans interruption.

Mais ces deux conditions admises, *volonté interruptive* et *acte d'interruption*, la solution ne paraît pas douteuse. L'effet de la vente est frappé de suspension, en vertu d'une puissance au moins équivalente à celle d'un acte authentique ou d'un jugement, la puissance de la loi.

(*Le Consultant.*)

---

(1) M. Vazeille, dans son *Traité des Prescriptions*, p. 133 et suiv., se borne à dire, en thèse générale, que les sommations ne peuvent interrompre la prescription. Ce n'est là qu'une énonciation vague, qui, n'ayant été soumise à aucun examen préalable, ne paraît pas destinée à avoir le poids que le savoir de l'auteur donne ordinairement à ses opinions.

XLII.

DE L'AMENDE EN MATIÈRE CRIMINELLE.

La théorie de cette matière se compose de quelques principes dont l'application est fréquente et n'est pas toujours facile. La plupart de ces règles ne sont point explicitement écrites dans la loi : mais la jurisprudence les en a déduites, et en les appliquant constamment, les a érigées en lois.

Le Code pénal proclame que l'amende est une *peine* commune aux matières criminelle, correctionnelle et de police (art. 9, 11 et 464). Toutefois les amendes, à quelques sommes qu'elles puissent monter, ne sont pas infamantes : elles ne prennent ce caractère qu'autant qu'elles se rattachent accessoirement à d'autres peines afflictives ou infamantes.

Autrefois les amendes n'entraient dans les caisses publiques que lorsqu'elles étaient prononcées *envers le roi;* les autres étaient dévolues aux seigneurs, aux justiciers, chacun dans son ressort. Le taux des amendes était arbitraire : il y avait même des délits qui étaient amendables à volonté. Ces abus ont été proscrits par la législation. Des limites précises, quoique trop étendues encore, ont été fixées à ces peines qui ne doivent être prononcées qu'au profit de l'État, lorsqu'il n'en a pas été autrement disposé par une loi spéciale (1).

L'amende étant une peine, et toute peine étant essentiellement personnelle, il s'ensuit qu'en thèse générale, elles ne peuvent être infligées qu'aux individus qui sont déclarés coupables des délits. Cependant plusieurs lois spéciales ont déclaré que la responsabilité civile des pères et mères, maîtres et commettants, devait s'étendre aux amendes encourues par les enfants, domestiques et préposés. De là la jurisprudence a induit que dans ces législations particulières, l'amende cessait d'avoir un caractère pénal, et qu'elle ne devait plus être considérée que comme la réparation civile d'un dommage causé. Mais comme cette dernière règle est évidemment dérogatoire aux principes du droit commun, il a été en même temps reconnu qu'elle devait avoir les effets d'une exception, et par conséquent se restreindre, dans son application, aux matières dans lesquelles les amendes tombent à la charge des personnes civilement responsables. Nous allons suivre cette règle dans l'application que la jurisprudence en a faite, et nous ferons remarquer dès à présent que cette application dépendant d'une disposition exceptionnelle, qui n'a pas même été insérée dans toutes les législations spéciales, il en est résulté des solutions irrégulières et différentes dans des matières identiques.

C'est ainsi que la cour de cassation a décidé qu'en matière de douanes, l'amende encourue par les contrevenants n'est point une peine proprement dite, et qu'elle doit être considérée comme une réparation du préjudice causé à l'État par la fraude (2). Mais, dans une matière parfaitement analogue,

(1) Voy. sur l'emploi des amendes les art. 55 et 466, C. pén., et l'art. 6 de l'ordonn. du 30 décembre 1823.

(2) Lois : 10 brumaire an v, art. 6; 26 ventôse an iii, art. 26; 22 ventôse an xii. — Arrêts cass., 6 juin 1811; 17 décembre 1831; etc. Voici le texte de

celle des contributions indirectes, une solution contraire a été adoptée parce qu'aucune disposition des lois qui régissent cette matière spéciale n'ayant étendu la responsabilité des amendes aux garants, la règle du droit commun doit lui être appliquée. C'est ce qui résulte des motifs d'un arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 1813, ainsi conçu : « Attendu qu'en matière de contravention aux lois fiscales, comme dans toutes les autres matières, les amendes ont un caractère pénal : qu'elles sont personnelles; que l'action s'en éteint donc par le décès du contrevenant, lorsqu'il a lieu avant que la condamnation ait été prononcée; que si l'administration a le droit de poursuivre cette peine, c'est qu'elle en a reçu l'attribution de la loi; que cette attribution est fondée sur ce que les amendes font partie des intérêts fiscaux qui sont confiés à sa surveillance; mais que son action, en cette partie, n'en est pas moins soumise aux règles qui concernent les actions publiques. »

En matière forestière, une distinction doit être posée. L'amende n'a point le caractère d'une peine, mais d'une simple réparation civile à l'égard des adjudicataires qui supportent les amendes encourues par leurs préposés (art., 46, C. forest.), à l'égard des propriétaires d'animaux trouvés en délit, qui sont également responsables des amendes encourues par le fait de leurs domestiques (art. 199, C. forest.) (1). Mais ces exceptions sont les seules de cette matière. La responsabilité civile des délits forestiers est restreinte, en général, aux restitutions, dommages-intérêts et frais, conformément aux termes de l'art. 1384, C. civ. (art. 206, C. forest.). Le Code de la pêche fluviale du 15 avril 1829 ne renferme aucune exception, et son art. 74 porte que la responsabilité civile sera réglée conformément à l'art. 1384, C. civ. Dans cette matière l'amende est donc toujours une peine, et les fermiers de la pêche ne peuvent être responsables de cette condamnation pécuniaire, lorsqu'elle est prononcée contre des porteurs de licences délivrées par eux (2).

Au surplus, et à l'exception des cas que nous avons mentionnés, la jurisprudence n'a cessé de reconnaître à l'amende un caractère pénal, et de limiter son application aux seuls délinquants. Cette règle a été invoquée dans les espèces les plus diverses. C'est ainsi qu'il a été successivement jugé, 1° que les délits ruraux prévus par le Code de 1791, n'entraînent qu'une responsabilité civile qui doit être restreinte aux dommages causés par le délit, et ne peut être étendue à l'amende (3); 2° que la responsabilité civile du père ne s'étend pas à l'amende encourue par son enfant mineur, pour injures verbales (4); 3° que l'amende prononcée contre le délit de loterie clandestine, n'est point une indemnité au profit de l'administration lésée par ce délit, mais une peine (5); 4° que la responsabilité du maître à l'égard des délits commis par son berger ne s'étend pas à l'amende (6); 5° qu'un maître n'est pas responsable de l'amende encourue par son domestique pour contravention à un règlement sur la direction des voitures (7); 6° qu'il en est de même des entrepreneurs de messageries à l'égard des amendes encourues par leurs préposés (8).

Il reste donc bien établi que la responsabilité à laquelle sont soumis des tiers étrangers aux délits qui donnent lieu à des condamnations, est essentiellement civile; qu'elle est restreinte aux dommages causés par les délits, et qu'elle ne peut être étendue aux amendes prononcées contre les délinquants, qu'autant que ces amendes auraient été, par une loi spéciale et positive, considérées comme des réparations civiles.

Ici se présente une question délicate et qui n'a été examinée par aucun auteur; c'est de savoir si la condamnation à l'amende, est éteinte par le décès du condamné, sans que ses héritiers puissent être poursuivis en payement de cette amende. D'abord, il est évi-

---

l'arrêt du 17 décembre 1831 : « La cour...; attendu que relativement à ces voies de fait (contre un préposé), accompagnées de circonstances graves, l'exercice de l'action du ministère public, pour la vindicte publique, ne forme point obstacle à celui de l'action civile qui appartient à l'administration des douanes; que l'amende prononcée par les lois des 22 août 1791 et 4 germinal an II, n'a point le caractère d'une peine proprement dite, et doit être considérée comme réparation civile dont l'accumulation avec la peine portée par l'art. 321, C. pen., rentrant dans les dispositions générales de ce Code, est même formellement autorisée par l'art. 56 de la loi du 28 avril 1816; qu'ainsi, et sous ce rapport, l'arrêt attaqué ne présente non plus rien que de conforme à la loi : rejette. »

(1) Arr. cass., 6 avril 1820.—Arr. 30 juin 1827.

(2) Arr. cass., 14 juillet 1814.

(3) Arr. cass., 25 février 1820, 8 août et 4 septembre 1823, 15 décembre 1827.

(4) Arr. cass., 12 pluviôse an X; 14 janvier 1819.

(5) Arr. cass., 30 novembre 1821.

(6) Arr. cass., 21 avril 1827.

(7) Arr. cass., 18 octobre 1827.

(8) Arr. cass., 18 novembre 1825.

dent que cette question ne présente quelques difficultés que lorsque la condamnation est devenue définitive; car si le condamné était décédé avant que le jugement fût revêtu du caractère de la chose jugée, l'amende serait éteinte par ce décès (1), c'est ce qui résulte de l'art. 2 du C. crim. portant que l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu.

Mais si le jugement a acquis, avant le décès, le caractère de la chose jugée, des doutes graves s'élèvent sur son exécution. Car l'amende est une peine, et il est de l'essence des peines d'être purement personnelles et de ne pas passer aux héritiers. Elle diffère de la condamnation civile, en ce que celle-ci est la réparation d'un dommage causé, tandis que l'amende est la réparation d'un devoir violé: les héritiers sont responsables du dommage causé par leur auteur; ils ne le sont pas de la violation qu'il a commise de ses devoirs moraux. On objecte que l'art. 2, C. crim., ne prévoit que l'extinction de *l'action* et non l'abolition de la *condamnation*. Mais cet article n'est qu'une application du principe que les peines sont personnelles: pourquoi distinguer entre les peines *pécuniaires* et les peines *corporelles?* cette distinction n'est-elle pas d'ailleurs exclue par le 2e § du même article qui ne laisse subsister *contre les représentants* que l'action civile pour réparation du dommage (2)?

Toutefois ces motifs, quelque spécieux qu'ils soient, ne suffisent pas pour entraîner la solution de cette question. Aux termes de l'art. 2, C. crim., l'action pour l'application de la peine s'éteint par le décès du prévenu; mais, lorsque ce prévenu a été frappé d'une condamnation devenue définitive, ce n'est plus une simple action qui se présente, c'est un droit acquis. Si ce droit ne peut s'exercer, par suite de la nature même des choses, à l'égard des peines corporelles, il en doit être autrement pour les peines pécuniaires, parce que la condamnation à l'amende est devenue une dette au profit de l'État, du moment où le jugement qui l'a prononcée a passé en force de chose jugée. Or les biens du débiteur étant, aux termes de l'art. 2093, C. civ., le gage commun de ses créanciers, ces biens ont été affectés à cette dette, dès qu'un jugement définitif l'a prononcée, et c'est avec cette charge qu'ils sont passés aux héritiers. Au surplus, il existe dans ce sens une autorité imposante qui semble devoir écarter toute discussion. En effet, on lit dans les procès-verbaux du conseil d'État, que cette question fut soulevée dans les discussions qui préparèrent le Code d'instruction criminelle, et qu'il fut reconnu par le conseil, dans la séance du 31 mai 1808, que le jugement qui prononce une amende et qui est devenu définitif avant le décès du condamné, doit recevoir son exécution, nonobstant le décès (3).

Les amendes peuvent-elles se cumuler indéfiniment? La cour de cassation a décidé, par arrêt du 21 octobre 1827, que l'art. 365, C. cr., n'est point applicable aux amendes et peines pécuniaires portées par les lois relatives aux matières qui n'ont pas été réglées par le Code pénal. La première conséquence qu'on doive inférer de cet arrêt, est que le principe de la non-cumulation des peines, s'applique aux amendes portées par le Code pénal; et, en effet, les amendes ne sont-elles pas des peines, et la règle de l'art. 365 n'est-elle pas générale? comment donc y faire une exception que la loi n'a nulle part autorisée? A l'égard de la restriction de cette régle relativement aux législations spéciales, nous pensons qu'il est nécessaire, pour lui refuser application, que cette restriction soit exprimée. Car le prin-

(1) Arr. cass., 28 messidor an VIII et 9 décembre 1813. —M. Bourguignon, *Manuel d'inst. cr.*

(2) Carnot, *Comm. du Code pén.*, cite dans ce sens, sans exprimer son opinion personnelle, deux arrêts, dont l'un du 18 avril 1811 a échappé à toutes nos recherches, et dont l'autre du 28 messidor an VIII, a été rendu dans une espèce différente. On peut citer encore à l'appui du même système un avis du conseil d'État du 20 fructidor an XIII, approuvé le 26. (Bull. des lois, an XIII, 2e s., p. 608.)

(3) Locré, t. XXV, p. 118, rapporte la discussion suivante: « M. le comte de Cessac demande si l'héritier d'un déserteur est affranchi, par la mort de ce dernier, du payement de l'amende et des autres condamnations pécuniaires. — S. A. S. le prince archichancelier, dit que la mort du coupable n'éteint que l'action publique. — M. le comte de Cessac, dit que cependant l'article 2 semble remettre toute espèce de peine.—M. Treilhard observe que l'article ne fait cesser que l'application de la peine; ce qui ne convient pas à l'amende et aux autres réparations pécuniaires. — M. Merlin distingue entre le cas *où l'amende est prononcée* et celui où elle ne l'est pas. Dans le premier cas, la condamnation doit avoir ses effets; dans le deuxième, la mort du prévenu le faisant réputer innocent empêche qu'aucune peine, même pécuniaire, puisse lui être appliquée. — S. A. S. le prince archichancelier dit que ce sont là les vrais principes. L'explication de M. Merlin étant consignée dans le procès-verbal, lèvera les doutes et fixera le sens de l'article. Il sera bien entendu que le jugement qui prononce l'amende recevra son exécution, nonobstant la mort du condamné. »

cipe qui veut que les peines ne se cumulent pas hors le cas de récidive est un principe général de droit criminel qui domine toutes les branches de la législation, parce qu'il se fonde sur un motif d'équité qui se reproduit à l'égard de tous les délinquants : c'est qu'il est inutile et injuste à la fois de faire peser plusieurs peines sur un individu pour des faits commis avant qu'il n'ait reçu le solennel avertissement d'une première condamnation. Au reste, dans l'espèce de l'arrêt cité plus haut, il s'agissait de l'application de la loi du 15 ventôse an XIII, relative à l'indemnité à payer aux maîtres de poste, et la cour de cassation a surtout motivé sa décision sur ce que l'esprit formel de cette loi était de cumuler les amendes d'après le nombre des contraventions. On doit donc induire de là, et telle est la règle que notre intention a été de poser, que, même dans les matières spéciales, le principe de l'art. 365 doit être appliqué, à moins qu'il ne soit exclu par les dispositions mêmes de ces lois exceptionnelles.

Lorsque plusieurs individus ont commis une même contravention, ne doivent-ils encourir qu'une seule amende collective? La négative a souvent été jugée, notamment par arrêt du 7 janvier 1814, qui décide qu'en matière de délits forestiers, il doit être prononcé autant d'amendes qu'il y a de délinquants surpris, et par arrêt du 7 décembre 1826, lequel déclare que l'amende encourue par divers individus pour une même contravention de police, doit être prononcée contre chacun d'eux individuellement (1). Cependant la cour de cassation a décidé depuis, dans une affaire forestière, que de ce que plusieurs personnes ont concouru à un même fait d'enlèvement ou extraction d'objets existants dans une forêt, il ne s'ensuit pas qu'on doive prononcer l'amende contre chacune de ces personnes; et que, n'y ayant qu'un seul fait répressible, il n'y avait lieu qu'à l'application d'une seule amende (2). Cette décision contraire à la jurisprudence générale de la même cour, ne paraît pas devoir être suivie. Il est évident que dans la perpétration d'un fait puni par la loi, il y a autant de contraventions qu'il y a de contrevenants : l'infraction n'est pas seulement dans le fait matériel, mais dans la violation de la défense de la loi. Et d'ailleurs, si une amende unique était distribuée entre un grand nombre de délinquants, il se trouverait que la disposition répressive de la loi n'aurait plus d'effet, et que son vœu qui a été d'atteindre toutes personnes convaincues du délit, ne serait pas rempli.

Cependant, ce principe doit lui-même être restreint dans un cas spécial : c'est celui où les individus auteurs du délit, forment réunis un être collectif, un être moral. Ainsi une société commerciale peut encourir une condamnation par suite de la responsabilité du fait de l'un de ses agents; mais cette condamnation ne frappe que sur l'être collectif, et non sur chacun des associés individuellement, lorsque la contravention est punissable d'une amende : le juge ne peut donc en prononcer qu'une, alors même que plusieurs associés ont été mis en cause individuellement (3).

La solidarité qui existe à l'égard des amendes entre les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit (art. 55, C. pén.) doit-elle être étendue en matière de contraventions de police? Il nous semble que la négative résulte du silence du Code à cet égard. Différent en cela de la loi du 22 juillet 1791, tit. II, art. 42, le Code pénal ne prononce point la solidarité des amendes encourues pour de simples contraventions; on doit conclure que les juges ne pourraient la suppléer, puisqu'il est de principe que la solidarité ne peut résulter que de la convention ou d'une loi spéciale (4).

Il suffit pour que le lien de la solidarité existe, que les accusés aient été condamnés *pour le même délit;* il n'est pas nécessaire qu'ils aient été condamnés *aux mêmes peines*. C'est ainsi qu'il a été décidé que deux prévenus condamnés l'un à 200 fr., l'autre à 400 fr. d'amende, étaient tenus solidairement du payement de ces condamnations, parce qu'ils avaient commis le délit ensemble, au même lieu, dans le même temps, envers les mêmes personnes, et que dès lors, il existait entre eux une communion de fait et d'intention qui rendait indispensable la solidarité des amendes (5). La même solution s'étend même au cas où les prévenus n'auraient point commis le délit par suite d'un concert réfléchi et prémédité entre eux (6). Mais en pourrait-il

---

(1) Voy. aussi les arrêts des 22 avril 1813, 21 octobre 1824, et 18 octobre 1822, 7 janvier 1814, etc.
(2) Arr. cass., 24 avril 1828.
(3) Arr. cass., 6 août 1829, rapp. dans notre art. 205.
(4) Carnot, comm. de l'article 55, C. pen. — Voy. l'art. 156, Déc. 2 juin 1811.
(5) Arr. cass., 3 novembre 1827.
(6) Arr. cass., 8 octobre 1813 et 2 mars 1814.

être de même si plusieurs condamnés pour le même crime ou délit ne l'avaient pas été *par le même jugement?* La raison de douter est que l'art. 55, C. pén., n'exige pas que les prévenus aient été condamnés par le même jugement. Mais il paraît difficile d'admettre que la condition d'un condamné puisse être aggravée après son jugement, par la condamnation postérieure de ses complices; et ce motif porte M. Carnot à résoudre négativement cette question (1).

Il est sans doute inutile de rappeler qu'un tribunal de police ne peut, sous prétexte de l'insolvabilité du prévenu, se dispenser de prononcer contre lui l'amende qu'il a encourue pour contravention. En effet, la question de solvabilité est hors des attributions de l'autorité judiciaire; il peut, dans ce cas, y avoir obstacle à l'exécution; mais cette circonstance de fait ne peut rien sur le principe (2).

Mais si le législateur, en établissant une amende comme sanction d'une disposition prohibitive, n'en a fixé ni le maximum, ni le minimum, les tribunaux peuvent-ils arbitrairement suppléer à cette omission? Les amendes arbitraires sont bannies de notre législation, et dès lors on ne peut qu'adopter l'interprétation de la cour de cassation qui décide que, dans le cas proposé, l'amende applicable doit être réduite au taux le plus faible des amendes, c'est-à-dire, à celles de simple police (3).

Toutefois cette règle d'interprétation a présenté quelques difficultés dans l'application du nouvel. art. 463, C. pén. Le dernier paragraphe de cet article autorise les tribunaux, lorsque les circonstances paraissent atténuantes, à substituer la peine de l'amende à celle de l'emprisonnement : on a demandé quelle est, dans ce cas, la quotité de l'amende que les tribunaux doivent appliquer. Ainsi, un délinquant est prévenu de voies de fait envers un garde forestier; et la peine, au termes de l'art. 230, C. pén., est un emprisonnement d'un mois à six mois sans amende; or, s'il existe des circonstances atténuantes telles que le juge croit devoir profiter de la faculté que lui donne la loi de n'infliger qu'une amende au prévenu, quelle sera la quotité de cette amende qu'il substitue à l'emprisonnement? la difficulté naît de ce que l'art. 463 n'a déterminé que le *minimum* de cette amende : elle ne peut descendre au-dessous des peines de simple police; mais le législateur a omis de déterminer à quel taux elle peut s'élever. Cette difficulté fut sentie dans la discussion : on lit dans le procès-verbal de la chambre des députés (4), que plusieurs membres demandèrent quelle serait l'amende que les tribunaux pourraient substituer à l'emprisonnement? Il fut répondu que ce serait l'amende fixée par les lois suivant les circonstances, c'est-à-dire, que la question demeura sans réponse, puisqu'il est des cas, où, comme dans l'espèce proposée, la loi n'a fixé aucune amende. S'ensuit-il que le juge puisse, suivant les circonstances, prononcer une amende dans les limites qui lui paraîtront convenables? ce serait tomber dans le système des amendes arbitraires : nulle peine ne peut être infligée si ce n'est dans les limites posées par la loi. A notre avis, le seul moyen de solution est de n'appliquer, dans cette hypothèse, qu'une amende de simple police. A la vérité, rien dans la loi n'enchaîne précisément le juge dans le cercle de ces amendes; mais il suffit qu'il n'y ait pas de *maximum* indiqué pour que, conformément à la règle ci-dessus indiquée, la peine la plus faible soit seule applicable. Ensuite, on peut encore inférer que cette solution est conforme au véritable esprit de la loi, du rapprochement des différents termes de ce paragraphe de l'article. En effet, on y lit que les tribunaux correctionnels sont autorisés à réduire l'emprisonnement *même au-dessous de six jours*, et l'amende *même au-dessous de* 16 *francs;* et ces peines, ainsi réduites, prennent évidemment la nature des peines de simple police. Or l'article ajoute : « Ils pourront aussi prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines, » c'est-à-dire, des peines ainsi réduites, des peines de simple police; et si on lit ensuite après ces mots « et même substituer l'amende à l'emprisonnement » cette restriction : « sans qu'en aucun cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police, » il est évident qu'elle n'a d'autre but que d'empêcher que l'amende ne descende au-dessous d'un franc, et l'emprisonnement au-dessous d'un jour.

(*Journal du droit Criminel.*)

(1) Code pénal, t. Ier. p. 160.
(2) Arr. cass., 3 novembre 1826.
(3) Arr. cass., 18 mars 1825 et nos art.
(4) Voy. Code pénal progressif, p. 348.

XLIII.

EXTRADITION. — CRIMES CONNEXES. — COMPÉTENCE.

OBSERVATIONS PAR M. FAUSTIN HÉLIE, A L'OCCASION D'UN ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DE FRANCE.

Dans l'espèce de l'arrêt, un étranger, prévenu du crime d'empoisonnement commis en France, et réfugié en Belgique, avait été livré au gouvernement français, en vertu de la convention du 19 décembre 1834, qui ne permet l'extradition des malfaiteurs entre les deux pays que pour des faits de nature à motiver une peine afflictive et infamante. La chambre d'accusation ayant renvoyé cet accusé devant la cour d'assises, non-seulement à raison du crime d'empoisonnement, mais encore à raison d'un vol simple connexe à ce crime, un pourvoi, fondé sur la violation du traité, a été formé : cette exception devait-elle être accueillie? Un accusé peut-il fonder un moyen de défense sur la violation des règles prescrites par une convention diplomatique pour son extradition? La cour de cassation n'a point abordé cette question; elle s'est bornée à déclarer : « que l'exception que le demandeur prétendait déduire de cette convention ne pouvait être proposée que devant la cour d'assises. » La question est donc restée entière.

L'extradition des malfaiteurs a été pratiquée dans tous les temps : on en trouve de nombreux exemples chez les peuples anciens (1). Les asiles étaient ouverts aux malheureux et non point aux coupables; cette distinction est établie par Cicéron : « *Eorum misereri oportere qui propter fortunam, non propter malitiam, in miseriis sint* (2); » et Tacite blâme le refuge que des coupables y trouvaient quelquefois : *Eodem subsidio obærati adversum creditores, suspectique capitalium criminum, receptabantur* (3). Cette distinction s'est perpétuée jusqu'à nos jours : le droit d'asile existe encore pour les crimes politiques; l'extradition ne s'applique qu'aux crimes communs (4). Mais, à toutes les époques, cette mesure n'a pas reçu les mêmes développements. Pendant les siècles barbares, les nations, séparées les unes des autres par des barrières infranchissables, se considéraient comme ennemies; le droit d'asile était un privilége du territoire; le crime ne passait pas les frontières; il s'effaçait lorsque le coupable était parvenu à franchir les limites du pays où il l'avait commis; le droit des gens n'était point encore fondé, et l'extradition répugnait à des peuples qui ne comprenaient pas bien la solidarité qui unit les nations. La civilisation a peu à peu abaissé ces barrières; le droit des gens est né et s'est développé; les gouvernements ont reconnu qu'ils étaient liés par des intérêts communs, et que, suivant l'expression de Beccaria, « la » persuasion de ne trouver aucun lieu sur la » terre où le crime puisse demeurer impuni » serait un moyen bien efficace de le prévenir » (5). Ainsi la mesure de l'extradition s'est étendue avec les lumières et les rapports

(1) Grotius, *de Jure belli et pacis*, lib. 2, cap. 21, § 4.

(2) *De Invent.*, lib. 2, cap. 36. Ces paroles sont empruntées à Démosthènes, *in Aphob. orat.* 2.

(3) *Annal.*, lib. 3, cap. 60, num. 2, 3.

(4) *De Deditione profugorum*, provò kluit, p. 79.

(5) Chap. 21, *Asili* (édition italienne.)

des peuples entre eux; elle tend de plus en plus à devenir, non plus une mesure extraordinaire réservée aux grands forfaits, suivant les termes restrictifs de Vattel, mais un moyen de répression ordinaire et commun, une mesure favorable de l'instruction.

Toutefois cette mesure a été jusqu'à présent circonscrite : Vattel en avait limité l'usage aux crimes *qui attaquent toutes les nations en foulant aux pieds les fondements de leur sûreté commune* (1); Grotius ne voulait également l'employer qu'à l'égard des crimes *qui sont d'une énormité extrême* (2). Les gouvernements sont restés fidèles à ce principe, et soit dans les traités, que la France a consentis avec quelques nations voisines (3), soit dans les cas d'extradition qui sont journellement accordés même sans convention préalable, l'emploi de cette mesure est limité aux crimes qui sont passibles de peines afflictives et infamantes d'après notre Code pénal. Merlin a donné les motifs de cette restriction: « Quand un homme a commis dans sa patrie un de ces crimes qui n'ébranlent point les fondements de la société, un usage universel des nations policées le reçoit à vivre tranquillement et sans être recherché dans une région nouvelle. On regarde la privation de ses amis et de ses proches, le renversement de sa fortune, la perte de son état, un perpétuel exil hors de sa patrie, comme des expiations assez fortes (4). »

De là deux corollaires importants qui sont: 1° que toute demande d'extradition doit être soumise à un examen attentif par le gouvernement auquel elle est adressée; car il doit nécessairement vérifier si le fait signalé rentre dans les cas ordinaires d'extradition, et n'autoriser cette mesure qu'après cette vérification faite sur les pièces à l'appui; 2° que l'extradition n'est accordée que pour le fait déterminé par l'acte qui l'autorise; car cette désignation a pour objet de reconnaître à ce fait le caractère grave qui motive cette mesure, et il est nécessaire que cette appréciation soit faite pour chacun des faits qui peuvent y donner lieu.

Cela posé, nous arrivons à notre question. Il est évident, en premier lieu, et cela résulte des règles qui viennent d'être rappelées, que le prévenu extradé ne doit pas être mis en jugement pour un fait autre que celui qui fait l'objet de l'extradition. M. Legraverend cite une décision qui a fait application de ce principe, en déclarant qu'un accusé, livré par un gouvernement étranger, et acquitté de l'accusation qui avait motivé l'extradition, n'avait pu être mis en jugement à raison d'une autre accusation qui avait donné lieu à un arrêt de contumace, mais qui n'avait pas été rappelée dans la demande de l'extradition (5). La convention par laquelle l'extradition a été consentie fait, en effet, la loi du pays qui l'exécute; il doit se renfermer dans les termes de cette convention; il ne peut en outrepasser les limites. Toutefois cette convention ne doit point être trop étroitement interprétée. Ainsi, je ne pense pas qu'il fût interdit de mettre en jugement, à raison d'un simple délit, l'individu dont l'extradition a été accordée à raison d'un fait qualifié crime, lorsque les deux faits sont connexes, qu'ils sont le résultat d'une même action, et qu'ils ne pourraient être séparés sans scinder une procédure indivisible. Il n'y aurait point non plus lieu de faire cesser les effets du jugement si l'accusé, livré à raison d'un fait qualifié crime, n'a cependant encouru qu'une peine correctionnelle, par suite de l'admission en sa faveur des circonstances atténuantes; car la déclaration de ces circonstances, en faisant descendre la peine, ne change pas la nature du fait; et d'ailleurs, c'est à raison de ce fait, quelle que soit la qualification qu'il reçoive du jugement, que l'extradition a été accordée. Ce dernier motif s'applique encore au cas où, par suite d'une déclaration négative sur les circonstances aggravantes, le fait sort du débat avec un caractère purement correctionnel, la convention d'extradition ne serait point enfreinte par l'exécution du jugement, car le fait qui en est la base est toujours le fait qu'elle avait prévu, et si elle a limité la mise en jugement à ce seul fait, la même restriction n'existe point pour la qualification qui est nécessairement abandonnée à l'appréciation du juge.

Ainsi, dans l'espèce, il fallait distinguer, avant tout, si le délit de vol qui faisait l'objet des réclamations de l'accusé était ou non connexe au crime d'empoisonnement qui avait motivé l'extradition : dans le premier cas, nous n'eussions pas vu d'obstacle au jugement sur les deux faits ; car, au cas où le vol,

---

(1) *De Jure belli et pacis*, lib. 2, cap. 21, § 5, num. 4.

(2) Liv. 1er, chap. 19.

(3) Traité avec l'Espagne, du 29 sept. 1765; avec la Suisse, du 31 décembre 1828; avec la Belgique, du 19 déc. 1834; avec la Sardaigne, du 23 mai 1838, (Moniteur du 26 décembre).

(4) *Questions de droit*, vº ÉTRANGER, § 2, num. 3.

(5) *Législ. crim.*, t. 1er, p. 113.

par exemple, aurait été le but de l'empoisonnement, ils se confondaient dans une même action, et il devenait impossible de les scinder. Dans le cas contraire, et si les deux actes n'étaient unis par aucun lien, s'ils étaient étrangers l'un à l'autre, le prévenu n'aurait dû être mis en jugement qu'à raison du crime d'empoisonnement : il n'avait été livré que pour purger l'accusation portée contre lui à raison de ce crime.

Mais, et c'est ici que naît la difficulté, par quelle voie l'accusé devait-il réclamer? devant quelle autorité fallait-il porter cette réclamation? enfin, quels étaient dans cette circonstance les pouvoirs des tribunaux criminels?

L'extradition constitue à la fois une convention entre deux nations soumises aux règles du droit des gens, et un acte de haute administration de la part de chacun des deux gouvernements qui l'ont consentie. Sous ces deux rapports il ne peut être permis aux juges d'en apprécier les termes et des les interpréter (1). Comme convention, c'est aux deux gouvernements signataires qu'il appartient de l'expliquer; comme acte administratif, c'est au pouvoir exécutif dont il émane, dans chacun des deux pays, qu'il appartient d'en fixer le sens et les limites. Comment les juges pourraient-ils s'immiscer dans cette appréciation? Les traités et les conventions diplomatiques seraient-ils donc soumis à leur sanction? Pourraient-ils, sans excès de pouvoir, décla-

(1) Il existe à cet égard une décision remarquable du conseil d'État. L'extradition d'un sieur Casado, Espagnol, refugié à Bayonne, avait été prononcée par ordonnance royale en 1836, conformément au traité du 29 septembre 1765. M. Boidron, négociant, créancier de Casado, ayant obtenu contre lui un jugement qui prononçait la contrainte par corps, voulut le faire écrouer avant que l'extradition fût consommée. Mais Casado était déjà à la disposition du consul d'Espagne, qui le faisait conduire vers la frontière par des gendarmes français. L'huissier de M. Boidron, ne pouvant obtenir la remise de la personne du débiteur, exigea qu'il en fût référé à l'autorité administrative. Provisoirement Casado fut déposé dans la maison d'arrêt d'Orthez, et sur le registre de transférement on énonça que l'ordre du dépôt émanait du consul d'Espagne. L'huissier alors *recommanda* Casado, en vertu du jugement de contrainte par corps et de l'art. 792, C. proc.; puis un référé fut introduit, et renvoyé à l'audience, sur la validité de la recommandation. Le préfet déclina la compétence du tribunal, en soutenant que Casado, dès qu'il était à la disposition du consul, se trouvait fictivement sur le territoire espagnol; qu'aucun acte ne pouvait paralyser l'extradition ainsi opérée; que l'autorité judiciaire ne pouvait apprécier les effets possibles de la recommandation sur l'extradition, sans méconnaître la prohibition faite aux tribunaux par la loi du 24 août 1790 de troubler aucunement les opérations des corps administratifs. Néanmoins, le tribunal d'Orthez se déclara compétent. Conflit fut élevé. Appelé à le combattre, nous avons demandé d'abord si le traité de 1765 avait jamais été publié en France; et la publication n'étant pas prouvée, nous avons soutenu qu'il n'était pas obligatoire pour les tribunaux; *Voy.* Constitution de l'an VIII, art. 50, sénatus-consultes des 16 thermidor an X, art. 58, et 28 floréal an XII, art. 41, et l'arrêt de rejet du 28 novembre 1834 (*Journ. du Dr. cr.*, art. 1474), qui a jugé que le traité de la *quadruple alliance*, n'ayant pas alors été promulgué en France, ne pouvait devenir la base d'une poursuite judiciaire. Nous avons d'ailleurs essayé d'établir que les traités publiés pouvaient être appréciés par l'autorité judiciaire dans leurs rapports avec les dispositions de loi invoquées en justice comme constitutives d'un droit (*Voy.* les art. 11, 726, 912, 2123, 2128, C. civ.), et nous avons invoqué plusieurs précédents judiciaires, ainsi que trois arrêts de la cour de cassation, de 1825, l'un du 9 juin, relatif au traité de paix de Francfort; le second du 22 novembre, relatif au traité fait le 20 novembre 1765 entre la France et le duché de Bade; le troisième du 28 décembre, relatif au pacte de famille, du 15 août 1761. Enfin nous avons combattu la fiction diplomatique d'après laquelle Casado, mis à la disposition du consul espagnol, aurait été réputé sorti de France, et nous invoquions par analogie un arrêt de la cour de cassation, du 26 octobre 1809, ayant décidé qu'un Anglais, prisonnier de guerre en France, qui était du nombre des prisonniers échangés par un traité, pouvait néanmoins être arrêté en vertu d'un jugement de contrainte par corps tant qu'il n'avait pas quitté de fait le territoire français.

ORDONNANCE DU CONSEIL D'ÉTAT.

« Vu les ordonnances réglementaires des 1er juin et 12 mars 1831; — vu les lois des 24 août 1790 et 21 fructidor an III; — vu les art. 12 et 13 de la charte constitutionnelle de 1830; — considérant que, par notre ordonnance du 28 janvier 1836, nous avons ordonné que le sieur Pierre Casado serait recherché, arrêté et mis à la disposition du gouvernement espagnol, comme prévenu de crime commis en Espagne; — que l'arrestation de cet étranger a été effectuée en vertu de notre ordonnance, et son extradition commencée; — que le sieur Boidron, se disant créancier du sieur Casado en vertu d'un jugement du tribunal de commerce de Bayonne, du 2 mars 1836, a prétendu, à ce titre, s'opposer à l'extradition, a fait recommander le sieur Casado dans la maison d'arrêt d'Orthez et a formé, devant le tribunal de la même ville, une demande tendant à ce qu'il y fût gardé nonobstant tout ordre d'extradition; — que cette demande avait pour objet de soumettre à l'autorité judiciaire l'appréciation d'un acte de haute administration fait en vertu d'un traité diplomatique, et qu'une question de cette nature ne pouvait, dès lors, être soumise à l'autorité judiciaire; — Art. 1er. L'arrêté de conflit, ci-dessus visé, du 8 avril 1836, est approuvé. — Art. 2. Les assignations données au nom du sieur Boidron les 12 et 18 mars 1836, et le jugement du 31 du même mois, rendu par le tribunal d'Orthez, seront considérés comme non avenus.

Du 2 juillet 1836. — Macarel, cons. d'État, rapp. — M. Boulay, maître des requêtes, f. f. du min. pub. — Me Morin, av. A. M.

rer que tel a été le sens de telle convention, que telle doit être sa limite? Ils pourraient donc aussi déclarer une clause, une extradition illégale et l'annuler. Et puis, quels seraient les résultats de leurs décisions? Feraient-ils reconduire à la frontière le Français irrégulièrement livré à la France? Mais en vertu de quelle disposition de loi? où puiseraient-ils leur pouvoir ?

Ce n'est donc qu'avec quelques restrictions qu'il faut entendre l'arrêt du 18 mai 1838, qui renvoie à la cour d'assises l'appréciation de l'exception prétendue par l'accusé. Cet arrêt pourrait laisser supposer la compétence de cette cour pour statuer sur cette exception; il est évident que cette interprétation serait erronée. Toutes les exceptions qui se rattachent à la défense doivent être portées devant la cour d'assises; et la cour de cassation s'est bornée à rappeler ce principe, sans prétendre préjuger la nature de la fin de non-recevoir et la compétence de cette juridiction pour en connaître. Ainsi, et cela n'était pas douteux, la fin de non-recevoir tirée du vice ou de l'illégalité de l'extradition, peut être portée devant la cour d'assises; mais que doit faire cette cour? Évidemment elle doit statuer comme elle le ferait à l'égard d'une question préjudicielle dont le jugement appartiendrait à une autre juridiction.

Ainsi, la cour doit examiner si l'exception est de nature à suspendre le jugement; si l'accusé est admissible à la faire valoir en sa faveur; si elle est proposée dans l'intérêt légitime de la défense, ou si le prévenu ne la propose que pour entraver la marche de la justice. Si l'allégation paraît fondée, et si le fait qui en fait la base a le caractère d'une fin de non-recevoir contre la mise en jugement, il nous semble que la cour d'assises peut surseoir aux débats jusqu'à ce qu'il ait été statué par l'autorité compétente. Or cette autorité compétente, quelle est-elle? Je l'ai dit: ce ne peut être que celle qui a consenti la convention qu'il s'agit de restreindre ou d'étendre, ce ne peut être que la puissance investie du droit de faire les traités avec les nations étrangères; car cette puissance seule peut, soit connaître la pensée qui a dicté la convention, soit provoquer les explications que la question incidentelle peut rendre nécessaires; car le gouvernement n'est assujetti à aucuns principes, à aucunes règles fixes en matière d'extradition; il peut, dans chaque cas de cette nature, adopter des règles nouvelles, et même s'écarter, avec le consentement de la puissance contractante, des termes des traités qui le lient avec cette puissance; d'où il suit que la cour d'assises n'aurait aucune base d'interprétation, aucune règle pour asseoir son jugement; et qu'ainsi, déjà incompétente en droit, elle le serait encore par le fait, puisqu'elle n'aurait aucuns moyens de juger.

En résumé : l'extradition n'est qu'une voie d'exécution des arrêts ou mandats de justice; cette voie d'exécution s'exerce par la puissance souveraine elle-même, et les tribunaux ne peuvent en apprécier la régularité, soit parce que leur compétence est essentiellement territoriale, et que cette exécution a lieu en dehors du territoire, soit parce que l'extradition est un acte administratif dans lequel ils ne peuvent s'immiscer, soit enfin, parce que la convention qui précède cette mesure n'étant soumise à aucunes règles certaines, ils n'ont aucuns moyens d'en saisir la pensée et d'en interpréter les termes, qu'ils n'ont même pas sous les yeux. La fin de non-recevoir que l'accusé peut invoquer, en la déduisant soit des termes d'un traité, soit de la teneur de cette convention, ne peut donc être appréciée que par le gouvernement lui-même; et si cette exception est portée devant la cour d'assises, cette cour, dans le cas où elle ne croit pas devoir passer outre, ne peut que surseoir jusqu'à ce que la question soit résolue par le gouvernement. J'ajouterai que, dans l'appréciation de ces sortes d'exceptions, il ne serait pas exact de considérer l'extradition comme une mesure exceptionnelle qu'il faille restreindre dans ses termes les plus stricts : à mesure que les nations se rapprochent et que leurs rapports, de plus en plus fréquents, tendent à les confondre, l'extradition tend à devenir un mode commun d'arrestation; et la multiplicité de ces relations de peuple à peuple la rendra chaque jour plus indispensable, puisque, sans son secours, la rapidité des moyens de transport et la facilité des communications déroberaient à la justice la plupart des coupables, et frapperaient toute répression d'impuissance.

(*Journal du Droit criminel*.)

XLIV.

REVUE ANALYTIQUE

DE DIVERS ARTICLES PUBLIÉS DANS LES REVUES DE DROIT.

1. ***De la signature des actes d'accusation. — Les avocats généraux et les substituts du parquet près les cours royales, peuvent-ils être privés du droit de signer les actes d'accusation qu'ils rédigent.*** PAR M. MASSON, CONSEILLER A LA COUR DE NANCY. — *Revue de Législation*, t. V, p. 103.

En France, en 1827, le ministre de la justice s'attachant à la lettre de l'art. 241 du Code d'instruction criminelle, prétendit qu'au procureur général seul appartenait le droit de *signer* les actes d'accusation; c'est contre cette pratique que s'élève M. Masson. — La conséquence naturelle de cette innovation, dit-il, devait être pour les procureurs généraux l'obligation de *rédiger* aussi les actes de cette espèce; car on ne comprend pas que la signature et la rédaction appartiennent à deux fonctionnaires différents, la rédaction sans signature n'étant pas un acte d'autorité publique; mais les avocats généraux et les substituts continuèrent à rédiger les actes d'accusation pour les présenter à la signature du procureur général, ravalés ainsi à la condition de simples commis aux écritures. — M. Masson établit par les articles 217, 218, 220, 222, 224, 238 et 248 du Code d'instruction criminelle, que l'expression de *procureur général* dans l'art. 241 est synonyme de *ministère public*. — Il invoque aussi l'art. 45 du décret du 6 juillet 1810, et surtout l'art. 265 du Code d'instruction. — On ne peut sérieusement, ajoute-t-il, établir une différence entre la rédaction et la signature. La loi l'exclut positivement: témoin l'art. 11 du Code d'instruction. — Le fonctionnaire investi du droit de faire un acte a celui de le signer. *Faire*, *dresser*, *rédiger* sont des termes synonymes: on en acquérait la preuve dans la loi du 26 septembre 1791, art. 7, tit. I., et dans l'art. 225 du Code du 3 brumaire an IV; dans la loi du 7 pluviôse an IX et les articles 11, 16, 31, 32, 35, 37, 49, 241 et dans l'article 42 du Code d'instruction.

Un acte non signé n'est rien aux yeux de la loi. — M. Masson combat ensuite l'opinion de messieurs Chauveau et Hélie qui, pour être conséquents, dans leur intreprétation judaïque de l'article 241 ont été jusqu'à prétendre que la *rédaction* même était confiée par la loi à la personne même du procureur général, en soutenant que le droit d'accusation n'était délégué qu'à ce fonctionnaire seul! Mais, répond M. Masson, à supposer qu'il se rencontre dans les attributions du ministère public un droit qu'on puisse qualifier *droit d'accusation*, il serait impossible, à quelque degré de la procédure qu'on veuille le placer, d'en faire une prérogative personnelle au procureur général: de toutes les périodes de l'instruction criminelle, la rédaction de l'acte d'accusation est même celle où l'action du ministère public a le moins de latitude et d'indépendance. Le réquisitoire devant la cour d'assises en avait bien autrement, et cependant le Code d'instruction contient la disposition de son article 252! — Les souvenirs du Code du 3 brumaire de l'an IV ont fait accorder à l'acte d'accusation une importance qu'il n'a plus sous la loi de 1808. Aujourd'hui les éléments de toute accusation ne résident que dans l'arrêt de renvoi, et puisque l'acte d'accusation n'est plus qu'un simple narré du résultat de la procédure, il est évident qu'à ce titre il ne peut être signé que par la personne dont il est l'ouvrage. Conçoit-on en effet que l'analyse des cahiers d'information, des procès-verbaux et des interrogatoires de l'accusé, soit certifié par un autre que celui qui les a lus, médités et compulsés! — Après avoir exposé toutes ces raisons pour combattre un usage contre lequel il s'élève avec force, M. Masson termine en disant: « Et nous avons démontré, ce nous semble, que la loi, la raison, l'équité et les convenances réclamaient à grands cris contre un tel abus: es-

pérons donc qu'il en sera fait bonne et prompte justice, et que bientôt on ne pourra plus agiter si, en France, les avocats généraux et les substituts des cours royales sont des magistrats ou des scribes.»

II. *De la publication des actes d'accusation avant l'ouverture des débats.* — PAR J. BARBIER, AVOCAT A LA COUR ROYALE DE PARIS. — *Revue de Législation*, t. V, p. 204.

S'il est bon et nécessaire que les journaux racontent les drames qui se déroulent devant les tribunaux criminels, en est-il de même de cette sorte d'usage, qui s'est peu à peu établi, de faire connaître avant les débats l'acte d'accusation dressé par le ministère public contre le malheureux qui plus tard comparaîtra devant les représentants de la justice du pays?

Cette publication anticipée est contraire à l'esprit de la loi. Lorsque l'accusé comparait devant les jurés, et que, en présence d'une accusation formulée, la recherche de la vérité commence, tous les faits qui appartiennent à ce débat vont faire jaillir instantanément, en quelque sorte, et les moyens de l'accusation et ceux de la défense; les charges ou les apparences de culpabilité vont se trouver en présence des preuves ou des indices d'innocence; et c'est de la pondération des impressions diverses produites par ces faits qui marchent ensemble, que pourra résulter une conviction quelconque par le jury: chacun de ses membres, en un mot, n'aura pas plus tôt connu le fait ou la parole qui accuse, que de suite à son esprit parviendra la connaissance du fait ou du mot qui défend. Cette instantanéité de naissance pour tous les moyens à charge ou à décharge n'est-elle pas vraiment l'essence et le but des débats?

Mais si avant le jour de l'audience on a fait connaître les charges portées en l'acte d'accusation, qu'est-il arrivé? Une prévention défavorable à l'accusé s'est glissée dans les esprits même les plus éclairés: l'impression produite par la connaissance d'un fait criminel, quelquefois horrible, subsiste, n'étant pas combattue par l'impression de la défense qui tendrait à prouver que l'imputation tombe à faux alors même qu'elle signale des faits trop constants.

Le mal produit par la publication de l'acte d'accusation avant les débats, devient donc manifeste. Cette publicité anticipée répand une prévention générale et défavorable à l'accusé, prévention inconciliable avec *la liberté* commandée aux jurés par l'art. 312 du Code d'instruction criminelle.

Lorsque, par l'art. 312 du Code d'instruction criminelle, le législateur défend aux jurés de communiquer avec personne jusqu'après leur déclaration, il a voulu que leur esprit restât fermé à toute impression prise hors de l'audience; et s'il n'a pu tenir les jurés, pour ainsi dire, sous sa main, que depuis le moment où commence l'exécution du mandat que la société leur confie, s'il n'a pu, avant l'ouverture des débats, cloîtrer leur conscience, on n'en est pas moins fondé à dire qu'il a voulu que les jurés se présentassent aux débats complétement étrangers à tous les points qu'ils sont destinés à éclaircir, afin qu'aucune influence extérieure ne puisse contribuer à leur former une conviction.

La presse, en publiant à l'avance l'acte d'accusation, méconnaît l'esprit de la loi et cause un préjudice notable aux intérêts de l'accusé, contre lequel elle prévient même ses juges.

Tels sont les motifs principaux invoqués par M. Barbier pour demander l'abandon de ce qu'il considère comme un abus; c'est à la presse qu'il s'adresse: qu'elle comprenne mieux sa mission, dit-il, et renonce à ce triste moyen de satisfaire une vaine curiosité!... Jusqu'à présent les journaux ont été sourds à sa voix, et il est peu probable qu'ils s'y rendent de leur plein gré.

III. *Du droit accordé aux juges d'instruction de prendre part au jugement des affaires correctionnelles par eux instruites.* — PAR LOUIS DUFOUR, SUBSTITUT A CUSSET. (Allier). — *Revue de Législation*, t. VIII, p. 300.

En attribuant au juge instructeur le droit de prendre part au jugement des affaires correctionnelles, sans distinction et sans restriction, on s'est fondé sur deux moyens. On a invoqué l'absence de prohibition et les dispositions limitatives de l'art. 257 du Code d'instruction criminelle qui n'ont trait qu'à la formation des cours d'assises.

A la lettre de l'art. 255, M. Dufour oppose d'abord l'art. 55 du même Code d'instruction criminelle. — La maxime qui contraint de restreindre strictement dans ses termes toute disposition qui tend à diminuer des droits, à limiter des facultés, à enlever ou à refuser des garanties, ne saurait selon lui, être invoquée avec la même force et la même opportunité, *ubi non sunt odiosa restringenda.* — Il cite ensuite le système du Code de brumaire an IV, art. 169, 175 et 211.—Il rappelle l'interprétation donnée à ce dernier article par la jurisprudence.

Les juges d'instruction ont reçu du Code de 1808 les attributions que conféraient aux directeurs du jury le Code de brumaire an IV et surtout la loi de pluviôse an IX. Pourquoi ces attributions n'entraîneraient-elles pas la même incompatibilité? pourquoi l'esprit de la loi et l'analogie ne seraient-ils point invoqués avec la même force?

La loi veut que l'opinion du juge se forme uniquement sur le débat oral. Il faut donc, pour que la garantie offerte à l'accusé soit maintenue dans son intégrité, que le juge monte à son siége exempt de toute prévention, libre de toutes influences prises en dehors de ce débat; il faut qu'il soit prêt à en accepter toutes les révélations, à en subir toutes les impressions. Hors de là point d'éléments qu'il lui soit permis de consulter.

M. Dufour répond à l'objection, que le juge d'instruction ne se trouve point après tout dans une position autre que les juges qui ont déjà délibéré dans la chambre du conseil, en faisant remarquer que leurs rôles et leurs attributions sont complétement distincts.

Les membres de la chambre du conseil, dit-il, ne font qu'émettre une opinion provoquée par une

suggestion étrangère, préparée par des investigations auxquelles ils ne se sont point livrés activement et personnellement. Éclairés par un rapport sommaire, par une déduction rapide, ils délibèrent et ne vont point au delà d'une délibération judiciaire. Il ne peut demeurer dans leur mémoire que de faibles traces à coup sûr exemptes de prévention déterminée. Rien qui ressemble à un débat n'a eu lieu devant eux. Rien d'oral ni de contradictoire ne s'y est développé. Que font-ils donc après tout dans la suite, si ce n'est juger une seconde fois, et, après plus ample informé, revenir sur leur première délibération pour la compléter, la modifier et la réformer s'il y a lieu?

Le juge d'instruction, au contraire, a interrogé les témoins à loisir; il s'est enquis scrupuleusement de tous les faits et de toutes les circonstances. Bien plus, la physionomie, le ton, l'assurance, ont été interprétés par lui. Rien ne lui a échappé. Lors donc que pour les autres juges le débat est un complément indispensable, lorsque leur opinion précédemment émise n'est qu'un préjugé soumis à un contrôle, à une vérification, qui peuvent seuls lui donner quelque force, pour le juge d'instruction il n'a rien de nécessaire, de nouveau, ni d'imprévu.

La présence du juge d'instruction au tribunal correctionnel et sa connaissance anticipée, sont cent fois plus inquiétantes pour le prévenu, aux yeux de M. Dufour, que sa présence à la cour d'assises; car dit-il, outre qu'il n'est plus simplement juge de l'application de la peine, mais à la fois juge et juré, il est seul éclairé. Lorsqu'il s'agit d'un crime et de la juridiction de la cour d'assises, tous les documents produits contre l'accusé sont mis à sa disposition; procès-verbaux, dépositions de témoins, rapports d'experts, tout lui est signifié; tout lui est remis assez longtemps à l'avance pour qu'il puisse, assisté du conseil dont la loi l'a pourvu, méditer sur les réponses qu'il convient de faire, sur les explications qu'il convient de donner, et se préparer à la défense. Qu'importe alors qu'un de ses juges soit aussi bien informé? le président qui doit diriger les débats ne l'est-il point assez?

Lorsqu'il s'agit d'un délit, rien de tout cela. Nulle signification n'est faite au prévenu, nulle copie de pièces ne lui est laissée. Tout ce qui a été déclaré contre lui, tout ce qui résulte d'une longue et pénible information ne lui sera connu qu'aux débats et à mesure des dépositions. Il se trouve, dès l'abord, que les avantages sont mille fois plus nombreux du côté de l'accusation que du côté de la défense. Triste résultat des procédures secrètes. Qu'est-ce donc si ces avantages ne sont pas seulement le fait de la partie publique, et si un des juges connaît tout d'avance? Les armes ne sont plus égales, il est menacé par une double influence et la plus difficile à conjurer n'est point celle de l'accusateur.

M. Dufour finit en émettant le vœu d'une réforme législative sur l'état actuel de la loi. Tout se résume, dit-il, à poser en principe que la recherche et la poursuite ne doivent point s'allier avec le jugement, et qu'il ne peut que paraître étrange de voir les deux missions confondues et attribuées au même individu, surtout si l'on considère que l'une peut avoir pour but, dans certains cas, de statuer sur la légalité et l'efficacité de l'autre.

L'objection tirée de la difficulté pratique paraît, après tout, bien peu sérieuse, si on la réduit à sa juste valeur. Le plus grand nombre des affaires correctionnelles vient sur citation directe et peut, dès lors, être soumis régulièrement à l'appréciation du juge instructeur. Le service n'aura point ou presque point à souffrir des récusations rares que la loi lui imposera, et on ne saurait comparer le léger inconvénient qui peut en résulter avec ceux plus graves que comporte le système actuel.

Bien plus, ne serait-il point à désirer que la loi, en faisant cesser ce que nous nommerons un abus, pousse la réforme plus loin? Dans les tribunaux composés de deux chambres, et ceux où, grâce à la loi nouvelle, deux chambres pourront désormais être formées, selon les exigences du service, par suite de l'augmentation des titulaires et avec l'adjonction des suppléants, les juges d'instruction ne pourraient-ils conserver uniquement séance au jugement des affaires civiles? Ce règlement, en les éloignant complétement des audiences correctionnelles, où nous craignons de leur voir porter les préoccupations inséparables de leur position, leur permettrait de consacrer plus de temps à leurs instructions et de ne jamais prolonger les détentions au delà de l'exacte nécessité. Cette sage conciliation de tous les intérêts serait un incontestable bienfait.

IV. *Des défenseurs d'office.—Lorsque l'accusé, sous prétexte qu'on ne veut pas lui donner le défenseur de son choix, refuse le ministère du défenseur qui lui est désigné, celui-ci doit-il s'abstenir.* — *Observations* PAR M. LE COMTE SIMÉON. — *Revue de Législation*, t. III, p. 150.

C'est un principe incontestable que nul ne doit être condamné que ses juges n'aient la conviction de sa culpabilité, résultant de preuves soit judiciaires, soit morales. La défense n'est pas seulement une faculté et un droit de l'accusé, elle est aussi un devoir du juge; c'est-à-dire qu'il doit suppléer ce qu'il connaît d'utile à la défense et qui aurait été omis par l'accusé ou par son défenseur, s'il en a un; il informe à charge et à décharge; et lorsque l'accusé est défaillant, il ne le condamne qu'après un examen de l'instruction, et si elle contient des charges suffisantes. C'est parce que le défaut ne doit pas porter un préjudice définitif à l'accusé, que l'opposition est reçue au correctionnel et que la contumace peut être purgée au criminel. C'est parce que le juge doit veiller à la défense que l'accusé néglige, et pour laquelle il ne sait ou ne veut se donner aucun soin, que le juge lui donne un défenseur d'office.

L'accusé pourra-t-il repousser ce défenseur? Oui, s'il en préfère et choisit un autre dans les rangs de ceux qui ont caractère pour cela et que la loi admet à cette honorable fonction; non, si, à la place de celui qu'il refuse, il n'en présente point, ou s'il en présente un que la loi n'avoue

pas. En ce cas, plus sage et plus humaine que lui-même dans son intérêt, la loi veut qu'il soit défendu; il a beau s'y refuser; autant qu'on le peut, on ne doit laisser à personne le moyen de périr, *nemo auditur perire volens*. L'accusé s'abandonne, il faut le secourir, qu'il le veuille ou ne le veuille pas. Quoique présent, il s'absente de sa cause, un curateur sera donné à cette absence. Le précepte de donner un défenseur à celui qui n'en a pas choisi, serait vain s'il pouvait écarter ce défenseur par un refus.

Maintenant ce défenseur, désigné à *peine de nullité* en exécution de l'art. 294 du Code d'instruction criminelle, pourra-t-il sanctionner ce refus par son abstention et coopérer ainsi à l'inexécution de la loi?

Il le pourrait s'il tenait son mandat de l'accusé, qui aurait la faculté de le retirer comme il l'aurait donné; mais il tient son mandat de plus haut; il le tient de la justice, qui a voulu pourvoir à l'intérêt de celui qui ne veut pas être défendu, et à l'intérêt qu'elle a elle-même d'éclairer le jugement qu'elle rendra par tous les moyens possibles. Le refus de l'accusé est une espèce de démence, puisqu'elle accroît le péril dans lequel l'accusation met sa vie ou son honneur. La défense d'office est à l'instar de la tutelle des pupilles, des mineurs, des absents, des insensés. C'est une charge publique à laquelle on ne doit pas pouvoir se soustraire sans une excuse valable. Le refus de l'accusé n'en est pas une; car son consentement n'est pas nécessaire, puisque c'est parce qu'il ne peut ou ne veut le donner qu'il y a lieu à la nomination d'un défenseur d'office.

Il me semble donc que les défenseurs d'office qui croient devoir s'abstenir, si les accusés ne les acceptent pas, se font une honorable mais trop excessive délicatesse.

Ils n'ont pas, disent-ils, la confiance de ceux dont on veut les constituer patrons; mais ils ont celle de la justice, qui les charge de rechercher si l'instruction ne serait pas viciée de quelque irrégularité qui l'annulerait; si les dépositions des témoins ne seraient pas susceptibles d'observations qui les détruiraient ou les infirmeraient; s'il n'existerait pas des circonstances atténuantes de l'accusation; il est du devoir des juges de faire eux-mêmes ces recherches; mais l'intention de la loi est qu'ils y soient aidés par le conseil qu'elle ordonne de donner aux accusés. Ce conseil ou défenseur est le contradicteur légal de l'accusation; il est aussi nécessaire, il ne peut pas plus se déporter que le ministère public, qui est le défenseur de l'accusation.

L'accusé, disent les défenseurs qui croient devoir s'abstenir sur son refus, ne voudra nous donner aucun éclaircissement, il ne répondra pas aux questions que nous aurions besoin de lui faire. C'est un inconvénient sans doute, la défense pourra être moins complète; mais au moins il y en aura une. Le défenseur en trouvera les éléments dans la procédure écrite qui lui sera communiquée et dans les débats auxquels il sera présent.

Il y a sans doute du courage et de l'honneur à porter secours à l'accusé qui le demande; mais n'y en a-t-il pas autant à le garantir d'une mauvaise résolution qui ne l'empêchera pas d'être jugé? et si l'on parvenait sans sa coopération à obtenir son absolution ou la diminution de sa peine, n'en aurait-on pas plus d'honneur et de satisfaction?

Le silence et le refus d'un défenseur peuvent être, dit-on, un moyen de défense; je ne saurais le croire. Ce serait plutôt un motif de soupçon grave, ajouté à ceux qui résultent déjà de la mise en accusation; *qui tacet consentire videtur*, mais je n'admets pas cet adage au criminel. Le muet volontaire, le muet qui veut clore aussi la bouche de son défenseur d'office, n'est pas encore reconnu criminel, il faut que tous les moyens d'instruction soient épuisés, et c'en est un puissant que l'examen que fera le défenseur d'office, et sa présence et ses observations aux débats. L'accusé, contre son propre intérêt, ni le défenseur que la loi prescrit de lui donner, ne peuvent, ce me semble, en priver la justice.

V. *La péremption d'instance est-elle admissible devant les tribunaux de commerce?* — Par L. Giraudeau. — *Annales théoriques et pratiques du droit commercial*, t. II, p. 83.

Sur cette question déjà controversée entre les cours royales et les jurisconsultes (V. Rouen, 16 juin 1817; Riom, 16 juin 1818; Bordeaux, 16 juill. 1834; Amiens, 28 juin 1826 et Bastia... 1834), et dont le développement ne peut trouver place ici en raison de l'étendue qu'il comporterait, nous allons nous borner à résumer de la manière suivante les raisons qui militent pour la négative:

1° *En thèse générale.*—Le livre XV du Code de procédure renferme toutes les règles à suivre devant les tribunaux de commerce (art. 642). Lorsqu'il étend à cette matière spéciale les règles ordinaires, il s'en explique; ainsi fait-il dans les art. 415-432-433; mais cette extension ne doit être suppléée que lorsque la nature des choses l'exige (Code proc., liv. II, tit. 21-23), et elle serait illégale si elle avait pour objet une pénalité.

2° *Pour la péremption en particulier.* — Le titre relatif à la procédure commerciale se tait; et, cependant, le législateur, quand il veut étendre cette pénalité des tribunaux civils à d'autres juridictions, il s'en explique formellement: on en voit des exemples dans l'art 15 du C. de proc. civ., qui prononce de plein droit la péremption des instances pendantes devant les justices de paix, après l'expiration du délai de quatre mois, et dans l'art 648 du C. de comm., qui dispose que la procédure commerciale devant la cour royale sera sommaire et conforme à celle suivie en matière civile, jusques et y compris l'arrêt définitif.

3° L'organisation des tribunaux commerciaux s'oppose à l'extension que préconisent les adversaires de notre opinion; on n'y fait point usage de ces actes nombreux qui, devant les tribunaux civils, protégent une action contre la péremption; le législateur a clairement manifesté son intention

REVUE

DES

REVUES DE DROIT.

XLV.

ÉTUDES SUR LES JURISCONSULTES

ANCIENS ET MODERNES.

CUJAS.

PAR L. CABANTOUS, DOCTEUR EN DROIT.

Le droit privé d'un peuple, aussi bien que ses mœurs et ses institutions politiques, n'est que le produit lent et successif des diverses phases de son existence. Les lois civiles, non plus que les formes de gouvernement, ne sauraient être la création spontanée et arbitraire de la pensée législative : pour les unes comme pour les autres, elle rencontre une série de faits accomplis en dehors de son action; faits qu'elle peut modifier, mais non détruire, sous peine de se condamner elle-même à la stérilité et à l'impuissance. Les travaux de l'école historique moderne ont placé ces principes au-dessus de toute controverse, et désormais le système de rénovation radicale par voie législative, dont M. Treilhard se fit le promoteur au sein du conseil d'État, lors de la discussion du Code civil, n'obtiendrait même plus une réfutation sérieuse, et serait rangé sans examen au nombre des utopies.

Il faut donc tenir pour certain, que les faits juridiques antérieurs, ont influé puissamment sur la rédaction de nos codes, de même qu'ils influeront nécessairement sur leur révision ultérieure, lorsqu'elle sera réclamée par les besoins sociaux. Ces faits juridiques, qui servent à la fois d'indications et de limites au législateur, ne comprennent pas seulement l'état de la pratique judiciaire, tel que la suite des temps l'a constitué; mais encore et surtout l'ensemble des travaux théoriques qui, seuls, peuvent donner l'explication de cette pratique et les moyens réalisables de la perfectionner. L'œuvre du législateur consiste en effet à seconder les efforts de la science, en faisant entrer forcément dans le domaine de l'application les résultats restés encore à l'état spéculatif. Sous ce rapport, toute réforme législative se lie étroitement au mouvement scientifique dont elle a été précédée, et la littérature du droit, dans les pays parvenus à un certain degré de civilisation, est la première source des lois émanées de la puissance souveraine. L'étude des grands jurisconsultes n'offre donc pas seulement un

intérêt de curiosité : analyser l'action qu'ils ont exercée sur leur siècle, c'est découvrir le germe des législations présentes et préparer des matériaux aux législations à venir. Nulle étude n'est plus féconde en graves et utiles enseignements, surtout lorsqu'elle s'applique à un des hommes rares, qui, dans l'ordre de leur spécialité, résument toute une époque, et inaugurent un mouvement nouveau.

Tel fut Cujas : placé par sa naissance, sur les limites du moyen âge et des temps modernes, il répudia l'héritage des écoles juridiques antérieures, et devint le chef d'une école nouvelle dont encore aujourd'hui nous sommes les continuateurs. Préciser les caractères essentiels de cette école, en indiquer les rapports avec le grand mouvement religieux, philosophique et littéraire qui agita le seizième siècle, déterminer ce qu'elle dut à Cujas pour sa fondation et ses progrès; puis, rentrant dans la monographie de cet illustre jurisconsulte, l'apprécier sous le triple aspect sous lequel il s'est révélé, comme professeur, comme écrivain et comme érudit; enfin, suivre dans les travaux scientifiques postérieurs la trace de son enseignement et de ses écrits, et montrer comment, par une tradition non interrompue, sa doctrine s'est perpétuée jusqu'aux rédacteurs du Code civil, qui l'ont partiellement convertie en loi : tel est l'objet multiple de nos recherches, dont le dernier développement, comme on vient de le voir, doit servir de preuve aux réflexions générales par lesquelles nous avons commencé.

Nous allons d'abord esquisser rapidement les principaux traits de la vie de Cujas, moins pour donner un tableau biographique qui se trouve ailleurs (1) beaucoup plus complet que nous ne pourrions le présenter, qu'afin de mieux comprendre, par l'étude de l'homme, le jurisconsulte et le chef d'école.

Cujas naquit à Toulouse en 1522. Soit que sa première éducation eût été négligée, soit que déjà l'indépendance de ses idées l'eût éloigné d'un enseignement dont il improuvait les méthodes, il apprit lui-même sans maître, au dire de son plus ancien biographe, Papyre Masson, les lettres grecques et latines. Bientôt il commença l'étude du droit dans l'université de sa ville natale, et le seul professeur dont il ait conservé le souvenir dans ses ouvrages, fut Arnaud Ferrier, qui s'était posé franchement l'adversaire du vieux système des Bartolistes. Parvenu à l'âge de vingt-cinq ans, et lorsque la plupart des hommes ont à peine la force de résumer et synthétiser leurs connaissances acquises, Cujas se sentit en état de communiquer à d'autres la science qu'il possédait; il fut maître à son tour, et l'enseignement privé qu'il ouvrit à Toulouse lui mérita une célébrité précoce et attira vers lui, de tous les points de la France, de nombreux disciples, dont plusieurs, tels que Pierre du Faur-de-Saint-Jorry, (Pierre Faber) et Antoine Loisel, se firent plus tard un nom dans la science du droit. Après sept ans consacrés à cette espèce de noviciat, Cujas soutenu déjà par les plus honorables suffrages et par l'admiration sincère de ses élèves, se présenta pour disputer une chaire de droit civil vacante dans l'université de Toulouse. Tout le monde sait, et la postérité a flétri, avec une juste rigueur les déplorables intrigues qui firent échouer le grand homme, et le forçant à se retirer de la lutte avant qu'elle fût fermée, laissèrent le champ libre à son indigne et inepte rival, Étienne Forcadel. Cujas, méconnu par ses compatriotes, appela de leur jugement à celui de l'Europe savante en commençant la publication de ses immortels ouvrages, et bientôt il obtint la plus solennelle vengeance par la protection spontanée que lui offrit Michel de l'Hôpital, et par les efforts successifs que firent toutes les universités de France et celle de Toulouse elle-même pour l'attirer dans leur sein. Dans la série de ses divers professorats, dont un à Cahors, trois à Bourges, deux à Valence et un à Turin, il recueillit constamment les éloges de ses disciples et de ses collègues. Seulement, lors de son premier professorat de Bourges et avant que ses ouvrages lui eussent assigné sur tous les jurisconsultes modernes cette prééminence dont un intervalle de deux siècles ne l'a point fait déchoir, la prévision instinctive de sa supériorité souleva contre lui deux de ses collègues qui restèrent ses ennemis et étaient dignes d'être ses rivaux : Duarein et Doneau. Et plus tard, vers la fin de son troisième professorat de Bourges, lorsque l'âge avait dû affaiblir chez lui la puissance de transmission de la science, quelques plaintes élevées par ses disciples semblent annoncer que son talent pour l'enseignement était en déclin, bien que la publication d'ouvrages importants atteste à la même époque la plénitude de son talent de jurisconsulte. Sauf à ces deux limites extrêmes de sa carrière juridique, Cujas, durant tout le temps intermédiaire, n'eut à recueillir autour de lui et dans les livres qu'un concert presque unanime de louanges en son honneur, et suivant les ré-

(1) V. Berriat-Saint-Prix, hist. de Cujas, à la suite de l'histoire du droit romain, du même auteur.

flexions de Jacques-Auguste de Thou (1), il put, par une rare exception, jouir lui-même de sa gloire et s'entendre appeler dans les tribunaux et au barreau *le jurisconsulte*, comme en Grèce ou à Rome l'expression du poëte, sans addition de nom, désignait Homère ou Virgile. Il compta, parmi ses disciples, des hommes qui, plus tard, illustrèrent l'enseignement, la magistrature, le barreau, les sciences ou les lettres, et dont plusieurs étaient déjà célèbres, lorsqu'ils vinrent étudier sous sa direction. Au nombre des plus fameux, nous nous bornerons à citer, indépendamment de Pierre du Faur et d'Antoine Loisel dont nous avons parlé plus haut, Pierre et François Pithou, le président Jeannin, l'historien Jacques-Auguste de Thou, l'érudit Joseph Scaliger, et enfin ces savants professeurs de diverses universités, les Ragueau, les Mercier, les Maran, les Jean Lacoste (*Janus a Costa*), les Ranchin, qui continuèrent dans l'enseignement et dans la science les traditions de leur maître et fixèrent définitivement les destinées de l'école dont il était le chef.

Ce serait peut-être ici le lieu d'examiner quelles furent les opinions religieuses et philosophiques de Cujas; mais comme ces opinions durent nécessairement influer sur la méthode qu'il adopta pour l'enseignement et l'investigation du droit, cette recherche trouvera mieux sa place dans l'appréciation générale que nous ferons de l'école à laquelle il a donné son nom. Pour le moment, bornons-nous à rappeler l'espèce de fin de non-recevoir que sa prévoyance opposait aux questions indiscrètes qui lui étaient adressées au sujet de la religion : « *Nihil hoc addictum prætoris.* » Réserve prudente qui faisait à sa conscience un abri de sa réputation de jurisconsulte, et qui pouvait également couvrir la foi du catholique, la conviction du réformé ou l'indifférence du sceptique. Par caractère, d'ailleurs, autant que par la tendance naturelle des esprits éclairés, Cujas aimait la tolérance et détestait le fanatisme, quel que fût son drapeau. Il avait même, chose plus rare, le courage de la modération, et savait quand il le fallait, compromettre sa sûreté et risquer sa vie plutôt que de livrer sa conscience aux cris séditieux de la foule. Papyre Masson a conservé le récit d'une émeute populaire suscitée à Bourges contre ce grand homme que l'on soupçonnait d'être contraire au parti de la ligue. Cujas lui-même atteste, dans une lettre écrite à Loisel, qu'il courut dans cette circonstance les plus graves dangers; et cependant il lui aurait suffi, pour les conjurer d'avance, de faire une déclaration de principes favorable à la faction des Guises, qui était alors toute puissante à Bourges. Mais pour cela, il aurait fallu qu'il mentît à ses convictions les plus intimes, et l'on ne pouvait certainement attendre une pareille apostasie de l'homme qui, pressé quelque temps auparavant de s'expliquer sur la fameuse dispute, entre le cardinal de Bourbon et Henri IV, se borna à répondre qu'il regardait comme un crime de corrompre les lois de la patrie et de commettre un faux : réponse peu explicite sans doute; mais dont le sens était évidemment que la question devant être résolue par les principes des lois constitutionnelles françaises et non par ceux de la loi romaine qui, comme on le sait, n'admettait pas la représentation en ligne collatérale, Henri IV, quoique plus éloigné d'un degré, devait néanmoins, comme issu d'une branche aînée, obtenir la préférence pour la succession au trône sur son oncle le cardinal de Bourbon. Du reste, la mort de ce dernier, en 1589, en privant les Guises du prétendant inoffensif, derrière lequel ils cachaient leur ambition personnelle et les forçant à se constituer eux-mêmes prétendants sous prétexte de l'origine carlovingienne qu'ils s'attribuaient, permit aux véritables amis de la monarchie française de se prononcer plus ouvertement pour la cause d'Henri IV, dégagée désormais d'une controverse de droit qui, auprès de quelques esprits, pouvait paraître douteuse. On pense bien que Cujas qui, déjà avait assez clairement exprimé son avis au sujet de cette controverse, ne fut pas des derniers, dès qu'elle eut pris fin par la mort du cardinal de Bourbon, à reconnaître hautement les droits d'Henri IV. Aussi les ligueurs voulurent-ils le punir de sa franchise ou peut-être le forcer à une déclaration explicite en sens contraire, en soulevant le peuple contre lui; mais on a vu qu'il garda ses opinions malgré l'émeute et préféra le danger à une rétractation.

Ces secousses violentes, inséparables des troubles civils, et la profonde douleur que lui faisaient éprouver les malheurs de la patrie, hâtèrent plus le terme de sa vie que les longs travaux auxquels il l'avait consacrée tout entière. Il mourut à Bourges, le 4 octobre 1590, âgé seulement de soixante-huit ans, et lorsque la force de sa constitution physique devait lui faire espérer encore plusieurs années de vie. Tel paraît, du reste, avoir été longtemps son vœu le plus cher; car, par une de ces illusions dont les grands hommes ne sont pas exempts, il se plaisait, au rapport

(1) Histoire, liv. 99, année 1590.

de Papyre Masson et de l'historien de Thou (1), à fixer lui-même l'âge de quatre-vingts ans pour terme commun de sa carrière et de ses travaux. Mais le sentiment des désastres publics éteignit en lui l'amour de la vie, et ses contemporains se hâtèrent de témoigner qu'il était mort de ce patriotique chagrin. Les deux épitaphes (2) que composèrent pour lui ses deux illustres amis Pierre Pithou et Jacques-Auguste de Thou, rappellent à la fois comme début et fin de sa glorieuse carrière, la grande injustice qui l'avait accueilli à Toulouse et la souveraine douleur qui précipita sa mort à Bourges.

Nous venons de voir ce qu'était l'homme : indépendant par caractère, mais poussé par les obstacles que rencontrèrent ses premiers essais, à vérifier scrupuleusement la valeur des innovations qu'il adoptait, ferme et courageux dans les convictions qu'il avait définitivement embrassées ; mais évitant avec soin toute explication sur celles qui étaient encore pour lui incertaines et flottantes. Dans cette double nature de son esprit, se trouve tout le secret de l'influence qu'il exerça sur l'école juridique dont il fut le chef. Mais avant d'étudier cette influence elle-même, il importe de fixer les caractères principaux de l'école qui la reçut.

Depuis que les compilations de Justinien, dont la connaissance ne s'était jamais complétement perdue, furent devenus le centre de tout le mouvement de la science du droit, c'est-à-dire depuis le commencement du douzième siècle, Irnérius et ses continuateurs s'attachèrent presque exclusivement à la critique des textes et à la détermination de leur véritable sens : œuvre utile et point de départ nécessaire de tous les travaux ultérieurs, mais pour laquelle il manqua à ceux qui l'accomplirent, le secours des études philologiques et historiques. Les résultats des efforts de cette première école, résumés sous le nom de *grande glose* par Accurse et ses deux fils, vers le milieu du treizième siècle, au lieu de servir d'exemple aux jurisconsultes postérieurs et de les encourager à suivre la même voie, furent ridiculement substitués à l'étude des sources, et acquirent ainsi devant les tribunaux et dans les universités la même autorité que les textes dont ils étaient l'interprétation. Cet abus si funeste aux progrès de la science se perpétua sans interruption jusqu'à Bartole, qui lui donna une nouvelle force par l'immense crédit dont jouirent ses ouvrages, et par l'utilité pratique que lui et son école eurent en vue dans leurs décisions. Ainsi détourné de son origine historique, le droit fut concentré dans les écrits des interprètes, et désormais toute controverse dut être résolue, non par les textes de la compilation de Justinien, mais par l'opinion de la majorité des docteurs. Cet état des études juridiques contre lequel avaient vainement protesté Raphaël Fulgose et quelques autres des derniers disciples de Barthole, fut victorieusement attaqué, dès les premières années du seizième siècle, par plusieurs jurisconsultes éminents qui surent se rendre indépendants du Bartholisme, et proclamer à leurs risques et périls un nouveau système d'interprétation. Alciat, Duarein, Govéa, Jean Coras, François Baudoin et Arnaud Ferrier, le maître de Cujas, furent les premiers qui attachèrent leurs noms à ce grand mouvement. Les principes de la nouvelle école consistaient à étudier directement les sources, sans passer par les interminables commentaires des Glossateurs et des Bartholistes, et à prendre pour auxiliaires de cette étude les connaissances philologiques et historiques que le retour aux littératures savantes de l'antiquité permettait d'acquérir. Ces caractères généralisés représentent en philosophie la liberté d'examen et la négation de l'autorité; en histoire, le dédain pour le moyen âge, et l'admiration passionnée pour Rome et la Grèce.

Ainsi, la génération des études juridiques se lie aux révolutions analogues accomplies dans l'ordre religieux, philosophique, littéraire et artistique. Le seizième siècle, en toutes choses, est le point de départ des temps modernes, et il n'est pas une idée, pas une institution dont le germe ou la découverte ne remontent à cette grande époque. La nouvelle méthode introduite dans la science du droit par Alciat et ses contemporains a une base commune avec le doute philosophique de Descartes, l'insurrection religieuse de Luther et de Calvin, l'érudition antique de Joseph Scaliger et de Juste-Lipse, et les efforts de l'architecture pour reprendre le type grec et romain et s'affranchir de celui du moyen âge. Partout la pensée individuelle se substitue à la pensée traditionnelle; mais comme l'humanité n'est qu'une longue chaîne dont le dernier anneau se rattache nécessairement à quelqu'un de ceux qui le précèdent, il fallut bien puisqu'on se séparait des temps immédiatement antérieurs, remonter aux époques plus reculées et chercher un point d'appui dans l'antiquité. L'esprit de liberté se reporta

(1) Histoire, *loc. cit.*

(2) V. t. Ier des éditions de Fabrot et de Naples.

instinctivement vers les républiques anciennes, et rendit odieuses toutes les institutions à l'abri desquelles s'était lentement formé le dogme de l'autorité, contre lequel éclatait une révolte générale. Glossateurs et bartholistes, théologiens et scolastiques, Église et papauté, tout cela était compris dans une haine commune, et le principe de cette haine était identique : le besoin d'émanciper l'intelligence individuelle et de réhabiliter la personnalité humaine longtemps étouffée par une compressive unité. Ce qui démontre le rapport intime qui unissait tous ces aspects divers de l'activité intellectuelle, c'est qu'ils se rencontrent simultanément dans la plupart des individus qui se mirent à la tête du mouvement de rénovation. Chez les jurisconsultes, surtout, apparaît plus clairement que chez tous autres, cette étroite connexité entre les divers buts que poursuivit le seizième siècle : la plupart des novateurs dans l'ordre des études juridiques, acceptèrent aussi les innovations proclamées en matière religieuse. François Baudoin fut forcé de quitter Bourges où il enseignait et de s'exiler de France, à cause de ses opinions favorables à la réforme. Arnaud Ferrier, quoique resté ostensiblement catholique, fut soupçonné et non sans raison d'avoir embrassé intérieurement le protestantisme, mais d'en avoir évité la profession publique dans l'intérêt de sa sécurité et des honneurs dont il était revêtu. Jean Coras laissa planer assez gravement sur sa tête l'accusation d'hérésie, pour être une des victimes désignées au fer des assassins, lors des massacres de la Saint-Barthélemy. Voilà pour les prédécesseurs immédiats de Cujas. Quant à ses contemporains, on sait que Doneau et Hotman, c'est-à-dire ses plus illustres rivaux, s'enfuirent secrètement de Bourges après la Saint-Barthélemy, et moururent l'un et l'autre dans les doctrines de la réforme, le premier à Altorf et le second à Bâle.

Enfin, Cujas lui-même paraît avoir embrassé le protestantisme et y être resté fidèle pendant toute la durée de son second professorat de Bourges, c'est-à-dire de 1560 à 1566 (1). Il est vrai que plus tard et vers le commencement de son second professorat de Valence, en 1568, il rentra, du moins en apparence, dans le sein de l'Église catholique, et que depuis ce moment il ne cessa d'en observer toutes les pratiques extérieures avec le soin le plus scrupuleux. On aimerait à penser, pour l'honneur de la conscience de Cujas et aussi à raison de sa haute intelligence, que cette conversion fut sincère : il était digne, en effet, de celui qui, comme nous le verrons plus loin, sut rendre justice aux travaux de ses devanciers et répudier les jugements passionnés que toute réaction porte sur le mouvement qu'elle remplace ; il était digne d'un tel homme, disons-nous, de comprendre que l'autorité est un fait indestructible dans l'histoire de l'humanité, et que tous les efforts de la pensée individuelle peuvent seulement aboutir à en déplacer le siége. Et alors, après avoir fait un admirable usage, dans l'ordre de ses études, de l'indépendance qu'admettent ces époques de transition, voyant l'autorité arrachée à l'Église romaine se réfugier dans le despotisme théocratique des petits États d'Allemagne, on conçoit qu'il fût revenu à cette majestueuse unité catholique, entourée du respect des siècles et dont la compression nécessaire avait sauvé la civilisation au moyen âge. Malheureusement, cette appréciation impartiale et vraie de l'influence de la papauté, facile aujourd'hui et généralement admise par les esprits éclairés, n'était possible du temps de Cujas que de la part d'une intelligence assez élevée pour dominer les préventions contemporaines et devancer en quelque sorte l'avenir. Il ne paraît pas que Cujas ait eu cette hauteur de vues : son testament écrit le jour même de sa mort, et dans lequel, sans faire aucune déclaration de sentiments en faveur de la religion catholique, il propose pour règle de conduite religieuse à sa femme et à sa fille le texte pur de l'Écriture sainte, c'est-à-dire le symbole du protestantisme, permettra toujours d'élever des doutes sérieux sur la sincérité de son retour à la pratique du catholicisme. Ces doutes prennent encore plus de gravité quand on le voit, dans ce même testament, faire la défense expresse de vendre directement ou indirectement aucun des livres de sa bibliothèque à la société des jésuites qui, comme on le sait, était dès lors et est constamment restée depuis le soutien le plus ferme de l'unité romaine. Quoi qu'il en soit, les tendances peut-être définitives et au moins temporaires de Cujas vers le protestantisme, et la profession publique ou secrète que firent de ce culte la plupart des grands jurisconsultes ses contemporains, prouvent avec évidence la communauté de principes qui existait entre la réforme juridique et les autres réformes inaugurées au seizième siècle.

La nouvelle direction que devait recevoir la science du droit, ainsi indiquée par l'esprit général de l'époque, se trouvait déjà formulée et commençait à être suivie avant Cujas. Alciat, le premier, et quelques autres après lui, comme nous l'avons vu, avaient constitué l'école moderne, mais elle rencontrait

(1) Berriat-Saint-Prix, Hist. de Cujas, p. 529 et suiv.

encore de nombreuses dissidences, Cujas lui concilia l'approbation unanime; elle était indécise dans sa marche, Cujas détermina avec précision son but; elle pouvait même être vaincue par les bartholistes, Cujas fixa définitivement son triomphe. Ne soyons donc pas étonnés si la postérité a désigné cette école par le nom de l'homme qui, sans l'avoir fondée, en a réellement fait la destinée. Dans l'ordre des idées aussi bien que dans l'ordre physique, c'est peu de chose de naître, si l'on ne possède pas les conditions de viabilité et de durée : ces conditions, l'école juridique moderne les dut à Cujas.

Nous sommes ainsi amenés à rechercher comment la nature particulière de l'esprit de ce jurisconsulte influa sur la réforme scientifique du droit, comment sa méthode personnelle modifia la méthode générale qu'il adoptait. Le caractère intellectuel de Cujas, tel que nous l'avons déjà indiqué, peut se résumer en deux mots : *réserve* et *précision*. En appliquant ces deux qualités aux études juridiques, il se rattachait, par la première, à ses devanciers dont il ne rejetait les décisions qu'après les avoir soumises à une sévère et exacte analyse, tandis que par la seconde il fondait le nouveau système d'interprétation sur des bases inébranlables, par la multiplicité des questions qu'il lui faisait aborder et par l'utilité pratique dont il le dotait. Cette puissance de détails, cette rigueur de motifs furent l'attribut éminent de Cujas, comme elles ont été dans l'antiquité et seront peut-être toujours le signe le plus certain des princes des jurisconsultes. A Rome, les deux ouvrages qui élevèrent si haut la gloire de Papinien, et dont les lambeaux parvenus jusqu'à nous le placent encore à la tête des jurisconsultes de tous les temps et de tous les lieux, les livres de *questions* et de *réponses* n'étaient qu'une suite de dissertations sur des points controversés et indépendants les uns des autres, soumises sans doute à un ordre de matières pour la facilité des recherches, mais sans lien logique entre elles et sans pouvoir se rattacher à un principe directeur. Cujas, à son tour, ne pensa jamais à créer une théorie générale du droit romain : la plupart de ses ouvrages sont des commentaires, c'est-à-dire des explications essentiellement subordonnées aux textes à interpréter; et celui de tous ses écrits qui a le plus contribué à sa célébrité, la série de ses livres d'*observations*, n'emprunte même pas comme les commentaires l'ordre de succession des textes : ce sont de véritables mélanges où il venait déposer le fruit de ses méditations, sans autre règle que le caprice de sa pensée. De nos jours, enfin, l'homme qui a le plus approché de ce grand modèle et qui a mérité quelquefois de lui être comparé, M. Merlin n'a publié que des dissertations et des plaidoyers; ses seuls titres scientifiques sont des discussions isolées sur divers points de controverse.

Faut-il conclure de ces exemples que l'esprit juridique est complétement incompatible avec l'esprit systématique, et que l'une de ces facultés exclue nécessairement l'autre? Non sans doute, mais il semble que par la nature et le but de ses études, le jurisconsulte doive surtout s'appliquer à la recherche des détails les plus minutieux, à la découverte des nuances les plus délicates, sauf à ramener autour de ce travail ainsi spécialisé les principes les plus généraux, les règles les plus fécondes. Placé en présence des réalités de la vie civile, c'est d'elles qu'il doit partir pour remonter aux préceptes abstraits qui les régissent : il faut qu'il ait beaucoup généralisé; mais il n'est supérieur dans son art, qu'à la condition de tenir sans cesse les théories qu'il possède, au service des faits particuliers qu'il soumet à son observation ou sur lesquels on réclame ses lumières. La méthode analytique lui est bien plus nécessaire que la méthode synthétique, et il procède par voie inverse des créateurs de systèmes. Aussi voyons-nous que parmi ces derniers, ceux qui se sont occupés de législation ou d'organisation judiciaire, quelle que soit l'affinité de ces matières avec le droit proprement dit, n'en sont pas moins demeurés pour la plupart de fort médiocres jurisconsultes. Bodin, Grotius, Montesquieu, Bentham présentent des exemples frappants de la vérité de cette remarque.

En résumé, c'est par l'application des principes généraux aux espèces particulières, que se révèlent surtout les grands jurisconsultes. Telle fut la méthode que suivit Cujas dans le nouveau système d'interprétation qui commençait à s'établir avant lui, et telle fut peut-être aussi la cause décisive du triomphe définitif de ce système. Il ne faut pas croire, en effet, que les traditions du bartholisme se sont effacées tout d'un coup : cette école régna souverainement jusqu'au milieu du seizième siècle, dans plusieurs universités de France et notamment dans celle de Toulouse, où la nouveauté des doctrines de Cujas servit même de prétexte à ses ennemis pour le faire échouer dans son concours en 1554. Forcadel qui, comme on sait, lui fut préféré, dut au contraire en partie son succès au respect scrupuleux avec lequel il professait la méthode de Barthole. C'est de lui que l'on a l'appréciation suivante des deux écoles qui se disputaient alors la direction scientifique du droit : « *Patricios appello eos qui sunt de*

» *Bartoli familia*, *reliquos plebeios* (1). » Pour faire cesser ces stupides dédains dont les praticiens se rendaient surtout les organes, il y avait un moyen certain, mais qui demandait pour l'exécution une intelligence de premier ordre : c'était de résoudre à l'aide du nouveau système, toutes les difficultés que l'on croyait avoir résolues à l'aide de l'ancien, et de convaincre d'erreur la plupart des opinions reçues. Cujas accepta cette immense tâche, et lorsqu'on l'eut vu soumettre à son examen tous les textes du droit romain et n'en laisser aucun dont il n'eût ou vérifié ou corrigé l'interprétation, il fallut bien se rendre à la force de l'évidence, et reconnaître que l'histoire et la philologie étaient d'aussi utiles secours pour déterminer un sens douteux, qu'avait pu l'être autrefois la recherche laborieuse des diverses explications fournies par les interprètes. Cujas sentait si bien lui-même l'importance et le but ultérieur de son œuvre, qu'il ne manque jamais, quand il propose une nouvelle interprétation, de critiquer et de réfuter celle admise jusqu'à lui : il ne suffisait pas, en effet, de montrer l'aptitude de l'école moderne à descendre dans les questions de détail ; il fallait encore prouver, sous ce rapport comme sous tous les autres, la supériorité de sa méthode sur celle de ses devanciers. Aussi le relevé des corrections de ce genre, fait seulement dans trois volumes sur quatre dont se compose l'édition de Cujas par Alexandre Scot, présente-t-il, sous le nom de *Censiones in Accursium*, un nombre total de 172 erreurs de la grande glose discutées et rectifiées. Ce document, quoique incomplet, suffit pour indiquer l'habitude constante de dégager la controverse des opinions inexactes qu'elle pouvait avoir produites.

Pendant que Cujas légitimait ainsi la méthode historique par des applications multiples et variées, un esprit d'une nature toute différente, Doneau demandait à cette même méthode les éléments d'une organisation systématique du droit romain. Ce que nous avons dit du véritable caractère qui distingue le jurisconsulte, nous dispense d'entrer dans de longs détails pour établir laquelle des deux directions fut plus utile à l'école moderne, de celle de Cujas ou de celle de Doneau. Les travaux de Doneau n'auraient jamais suffi pour faire universellement accepter en France la méthode historique ; et même en Allemagne où ils ont obtenu une si grande réputation et où ses divers traités de droit civil sont devenus le modèle des nombreux traités du même genre qui se sont succédés depuis, il ne paraît pas qu'ils aient beaucoup contribué à vulgariser cette méthode ; car encore à la fin du dix-septième siècle, le bartholisme régnait sans partage dans les universités allemandes, suivant le témoignage d'Heineccius (1), et la révolution qui s'accomplit alors fut due plutôt à Cujas, dont l'influence dans ces contrées date seulement de cette époque, qu'à Doneau dont les ouvrages jouissaient dès longtemps d'un immense crédit. C'est que de toutes les formes sous lesquelles une idée nouvelle peut se produire, la moins propre à la populariser est sans contredit celle qui l'enveloppe dans les détours d'une théorie abstraite. Si l'on veut qu'elle soit promptement comprise et acceptée, il faut lui donner des points de contact nombreux avec la majorité des intelligences ; or ce qui touche toutes les intelligences, ce qui est à la portée de toutes, ce sont les faits, ce sont les réalités. Ces conditions nécessaires de succès pour toute innovation ne sauraient être l'objet d'un doute sérieux, par rapport à l'esprit français qu'une heureuse disposition de sa nature rend hostile aux généralités sans issue, aux théories sans application ; mais elles ne cessent pas d'être exactes pour l'esprit germanique lui-même, malgré sa tendance à se reposer complaisamment au milieu des plus vagues spéculations. Dans ce pays, comme en France et comme partout, toute idée nouvelle qui n'est pas restée le rêve d'une intelligence isolée et qui a été appelée à exercer une influence réelle, a dû prendre pour se vulgariser une forme nette et précise. Une fois tombée dans le domaine public, elle peut sans doute être exploitée au profit des théories les plus diverses, mais le fait de sa propagation leur est complétement étranger. C'est ainsi que l'Allemagne a été initiée à l'école juridique moderne, non par le génie systématique de Doneau, mais par le génie positif de Cujas : aujourd'hui que son initiation est depuis longtemps terminée, elle peut sans inconvénient préférer les traditions de Doneau à celles de Cujas et suivre presque exclusivement la route ouverte par le premier, il ne s'agit plus, en effet, de faire accepter la méthode historique, il s'agit seulement de l'appliquer ou dans un but théorique ou dans un but pratique.

Nous venons d'indiquer l'action puissante qu'exerça Cujas sur les destinées de l'école

(1) *Sphæra legalis*, 71.

(2) Vie de Beaudoin, t. III des Œuvres complètes, p. 268.

moderne. Avant d'étudier ce grand jurisconsulte en lui-même et indépendamment de l'école à laquelle il appartient, il nous reste à rechercher quelles furent ses opinions sur ses prédécesseurs, soit sur ceux dont il venait détruire le système, soit sur ceux dont il acceptait et perfectionnait la méthode. Tous ceux de la première classe, jusqu'à Accurse, se trouvent représentés par la grande glose, et peuvent être désignés en commun sous le nom d'Accurse, compilateur de cette glose. C'est dans ce sens collectif que Cujas dit de ce dernier : « *Accursius noster, quem ego* » *et latinis et græcis omnibus interpreti-* » *bus juris facilè antepono* (1) ; et ailleurs : » *Accursium longè magis coronâ donave-* » *rim, à quo quidquid aberrat Bartholus,* » *vanæ fictiones et ægri somnia viden-* » *tur* (2). » Ces deux passages montrent à la fois le jugement favorable qu'il portait sur les glossateurs et le dédain ironique qu'il avait pris pour Barthole et son école. Il reproduit fréquemment la même opinion à l'égard de ces derniers, par exemple lorsqu'il les caractérise dans les termes suivants : « *Verbosi in re facili, in difficili muti, in* » *angustâ diffusi* (3) ; » ou encore lorsqu'il leur applique un mot fameux de Cicéron : « *Nihil tàm absurdum dici potest, quod* » *non dicatur à quodam doctorum* (4). Cette manière diverse d'apprécier les interprètes qui l'avaient précédé, s'accorde du reste parfaitement avec les intérêts de la science et les données historiques. On a vu plus haut que c'était à partir de la publication de la grande glose, qu'avait commencé à s'établir l'usage funeste de négliger entièrement les sources et de compter les opinions au lieu de peser les raisons ; méthode antérieure à Barthole ; mais qui reçut de lui une sorte de consécration définitive. La sévérité de Cujas pour le bartholisme se justifie donc pleinement par la fausse voie dans laquelle cette école avait engagé les études juridiques, et par l'obstination qu'elle mettait encore à les y maintenir. Mais ce qu'on ne saurait trop louer, c'est l'impartialité du jugement de ce grand homme à l'égard des glossateurs : bien qu'il possédât à un si haut degré les connaissances historiques et philologiques dont ils avaient été complétement privés, bien qu'à l'aide de ces connaissances il eût rectifié, comme nous l'avons déjà remarqué, un nombre considérable d'erreurs par eux commises ; il n'hésite pas cependant, lorsqu'il veut exprimer son sentiment sur leur compte d'une manière générale, à leur décerner la palme sur tous les jurisconsultes du moyen âge. C'est qu'ils avaient deviné la moitié de la méthode qu'apportait le seizième siècle, l'étude attentive des textes, et que l'autre moitié, le secours de l'histoire et de la philologie, était impossible dans les conditions scientifiques de leur époque. Cujas ne faisait donc que leur rendre exacte justice, en reconnaissant l'utilité et le mérite de leurs efforts ; mais cet acte de justice était en même temps la preuve d'un esprit supérieur de la part du chef de l'école moderne, en présence de l'oubli injurieux où commençaient à tomber et où sont malheureusement restés depuis ces glossateurs, autrefois si respectés, dont la sagacité patiente et minutieuse pourrait encore aujourd'hui donner d'utiles leçons.

Juste envers ceux de ses devanciers qui avaient suivi un système d'interprétation différent du sien, Cujas l'était aussi pour ses prédécesseurs immédiats dans l'ordre des idées non moins que dans l'ordre des temps. Il professait pour Govea une telle estime, qu'il déclarait souvent, au rapport de Papyre Masson, que la concurrence de ce jurisconsulte aurait suffi pour l'écarter à jamais des études juridiques, s'il avait remarqué en lui une exactitude d'observation et une puissance de travail égales à son admirable aptitude. Quant à Arnaud Ferrier, Cujas honora toujours dans sa personne, non-seulement le souvenir du professeur, mais encore le mérite de l'interprète ; et sa reconnaissance lui dédia le premier ouvrage approfondi qu'il ait publié, le Commentaire sur les usucapions. Duarein, qui avait déjà marché avec fermeté dans la voie nouvelle ouverte à la science, et dont la célébrité était la plus haute avant celle de Cujas, paraîtrait au premier abord avoir trouvé dans ce dernier un détracteur et un envieux. Mais l'histoire atteste que les luttes qui les divisèrent avaient été suscitées par Duarein, et, plus tard, lorsque Cujas fut venu occuper à Bourges, en 1560, la chaire laissée vacante par la mort de son rival, il se défendit soigneusement du reproche de l'avoir attaqué, se rendit l'apologiste de sa mémoire et de ses écrits auprès de Marguerite de France et de Michel de l'Hôpital, et ne cessa de le proclamer son plus digne émule. Le seul des jurisconsultes, entrés avant lui

(1) Observat., lib. 3, cap. 11.
(2) Observat., lib. 12, cap. 16.
(3) Lib. 5, resp, Papin, leg. 17, de inj. rupt. irrit. ve test.
(4) Ad leg. 5, in fine, ff. de annuis leg.

dans les principes de l'école moderne, sur lequel il ait émis une opinion peut-être trop sévère, est le fondateur même de cette école. Suivant lui, Alciat n'est qu'un interprète médiocre, inexact dans ses citations, incomplet et superficiel dans son exégèse (1). Cette critique, du reste, réserve, dans son expression, de même que dans la pensée de Cujas, l'incontestable mérite d'Alciat, pour avoir le premier appliqué la méthode historique à l'investigation du droit. Mais les défauts qu'elle a pour objet de relever, et dont peut-être l'absence de guide dans une direction encore inconnue est une excuse suffisante, devaient d'autant plus vivement frapper Cujas, qu'il sentait mieux la nécessité de donner à l'école moderne des habitudes de précision et d'exactitude, et que la nature de son esprit était plus propre à remplir cette mission.

Nous n'avons placé Cujas qu'en face de ses devanciers; parmi ses contemporains, il compta presque exclusivement des admirateurs. Il eut cependant aussi quelques rares antagonistes; les uns, indignes de se mesurer avec lui : Jean Bodin, grand publiciste, mais fort médiocre jurisconsulte, et qui en se mettant à la tête d'un parti d'étudiants, avait beaucoup contribué à son échec de Toulouse; Adrien Pulvœus qui, sous le titre de *Traité sur la loi Attinia*, publia contre son premier professorat de Bourges une satire violente, à laquelle il dédaigna de répondre; et enfin Jean Robert, professeur de l'Université d'Orléans, qui d'abord dans deux livres de *leçons reçues* et plus tard dans trois livres *d'animadversions*, critiquait à la fois, en les couvrant d'injures grossières, sa personne, sa méthode et sa doctrine : Cujas eut le tort très-grave de ne pas user à l'égard de ces pamphlets, du même dédain dont il avait flétri la satire de Pulvœus, et surtout, en y répondant soit dans divers passages des livres 15 à 17 de ses *observations*, soit dans un ouvrage spécial publié sous le nom d'Antoine Marchand (*notata mercatoris*), de s'oublier à son tour, au point de ne plus garder aucune mesure. A côté de ces adversaires, véritables zoïles du génie, d'autres s'élevèrent, émules de la gloire et des talents de Cujas. Doneau et Hotman, dignes de se rencontrer avec lui dans les voies de la science et qui auraient dû n'éprouver pour son mérite qu'un sentiment de rivalité féconde, se déshonorèrent à son égard par des invectives ridicules ou par d'injustes accusations; et malheureusement, Cujas ne sut pas leur laisser tous les torts; incurables faiblesses de l'humanité, dont les grands esprits ne sauraient s'affranchir; mais au-dessus desquels s'élève la postérité pour réunir dans une admiration commune ceux que d'étroites passions avaient divisés entre eux. Loin du bruit de leurs luttes personnelles, elle recueille l'impérissable héritage qu'ils lui ont légué : leurs enseignements et leurs écrits.

Nous sommes ainsi ramenés à Cujas, non à l'homme; mais au professeur, à l'écrivain, à l'érudit; car telle est la triple carrière à laquelle il voua son génie. Déterminer dans chacune d'elles, les travaux qu'il accomplit et la part effective qu'il prit aux progrès de la science du droit, c'est le seul moyen de parvenir à une appréciation complète de ce grand jurisconsulte.

Nous étudierons d'abord le professeur. Cette étude comprendra deux objets distincts : les facultés naturelles dont il était doué pour l'enseignement, et la méthode qu'il y suivit.

Sous le rapport de l'aptitude à la transmission de la science, la nature paraît n'avoir été envers Cujas ni trop prodigue ni trop avare. Une parole inégale et le plus souvent d'une rapidité excessive, un esprit peu prompt à saisir et résoudre immédiatement des difficultés imprévues, une intelligence puissante, mais qui avait besoin d'être fécondée par la méditation; tels étaient les défauts ou les qualités imparfaites de son organisation pour l'enseignement. Mais en revanche, une admirable lucidité d'exposition, une profondeur et une exactitude d'analyse à laquelle tous ses disciples ne cessèrent de rendre hommage, compensaient et au delà ce qui pouvait lui manquer sous les autres rapports. Cette appréciation des facultés de Cujas pour le professorat, résulte de documents divers que nous allons rapidement résumer. Le besoin de réflexion qu'éprouvait son esprit pour se produire avec tous ses avantages, est attesté par l'habitude où il était de se préparer à ses leçons publiques pendant six, sept ou même huit heures consécutives, et par la précaution qu'il avait de renvoyer spontanément au lendemain les explications sur lesquelles il conservait les moindres doutes (2). Ce dernier trait, joint à quelques autres, prouve en outre qu'il ne possédait pas à un haut degré l'instinct de controverse, qui, du reste, est fréquemment l'attribut des intelligences médiocres. Les autres preuves du même fait sont : d'abord, le témoignage d'un de ses disciples qui fut le premier éditeur de ses

(1) Mercator, lib. 2, cap. 29, in fin.

(2) Papyre Masson, Vie de Cujas.

œuvres complètes, Alexandre Scot, suivant lequel Cujas ne répondait jamais immédiatement aux questions délicates de ses élèves (1); et en second lieu, un passage des leçons de Cujas lui-même, où il déclare commencer par résoudre plusieurs difficultés qui lui avaient été proposées la veille par deux de ses auditeurs (2). On présume bien qu'avec cette antipathie pour les décisions hasardées, Cujas devait se trouver mal à l'aise dans les luttes d'argumentation, pour faire éclater la supériorité de son esprit et de sa science. Aussi paraît-il n'avoir jamais eu de très-grands succès dans ces sortes de combats : nous ne citerons pas pour preuve son échec à Toulouse, parce que la nouveauté de sa méthode et les intrigues de Bodin, comme nous avons eu occasion de le rappeler, influèrent beaucoup plus sur ce résultat que les défauts possibles de son argumentation, en présence de concurrents tels que Forcadel. Mais nous nous appuierons du témoignage d'un de ses plus anciens disciples, Jean Amariton, pour établir qu'effectivement ses discussions publiques contre ses compétiteurs n'avaient pas obtenu les suffrages de la foule : Amariton (3), faisant allusion sans doute à la défaveur qui l'avait accueilli, l'engage à chercher plutôt ses titres de gloire dans la publication d'ouvrages impérissables, que dans des luttes orales essentiellement fugitives. D'un autre côté, Cujas, après sa première installation dans l'université de Bourges, soutint publiquement des thèses, dans lesquelles, s'il fallait en croire l'écrit de Pulvœus, il fut même inférieur à ce qu'on pouvait attendre de l'étudiant le plus novice. Il est vrai que ces assertions, répétées plus tard par Jean Robert, furent formellement démenties par Cujas dans le *mercator*. Mais en tenant compte de l'exagération évidente de Pulvœus, on peut persister à penser, malgré les dénégations de Cujas, que celui-ci ne dut pas à beaucoup près être aussi remarquable dans ces thèses qu'il l'était dans son enseignement ou dans ses livres, parce que ce genre d'exercice ne convenait nullement à la nature de son esprit. Ainsi se trouve justifié ce que nous avons dit sur le besoin de réflexion et la lenteur de jugement qui caractérisaient Cujas. Quant à la précipitation de son débit, nous ne la voyons attestée que dans un écrit relatif à son troisième professorat de Bourges, la lettre adressée, par Charles de Boissieux son élève, à Maurice Bressieux (4); mais comme c'est ordinairement un vice d'organisation que l'âge tend à atténuer plutôt qu'il ne l'aggrave, il est très-vraisemblable que Cujas l'avait eu à toute époque. Le document précité lui reproche en outre l'ignorance, ou du moins le dédain de l'art de la déclamation. Malgré ces conditions physiques, en apparence défavorables au professorat, les élèves accouraient auprès de Cujas de toutes les parties de l'Europe, tant les qualités éminentes qui distinguaient le fond de son enseignement faisaient oublier les défauts superficiels qui en déparaient la forme. C'est aussi ce qu'établit la réponse de Bressieux à Boissieux, dans laquelle le premier conseille au second de s'attacher à la profonde doctrine et aux lumineuses explications de son célèbre professeur, plutôt qu'à de vaines imperfections de détail. Il paraît, du reste, que dans les dernières années de sa vie, Cujas était fatigué de l'enseignement, et que ses forces physiques ne lui permettaient plus d'y apporter son zèle habituel. Papyre Masson raconte à ce sujet, que comme ses élèves regrettaient quelquefois devant lui le temps où il soignait davantage ses leçons : « Eh quoi ! », repondit-il, « faut-il donc dédaigner le vieux docteur qui a blanchi dans la carrière, parce qu'il ne peut pas avoir conservé l'energie de la jeunesse? » Cet état de lassitude, causé par l'âge et surtout par les troubles civils qui agitaient la France, l'avait même engagé à demander sa retraite : ce qu'il fit en 1588, par un discours en langue latine, adressé directement à Henri III dans le palais de la reine mère, mais cette faveur lui fut refusée par le roi qui lui répondit également en latin et avec les plus grands éloges pour sa personne et ses talents (5). Il fut donc forcé de reprendre ses fonctions, et les continua sans interruption jusqu'à sa mort; mais on doit présumer que de cette reprise surtout, date le reproche de négligence élevé contre son enseignement.

Il nous reste, après avoir peint ses qualités comme professeur et pour donner de lui une idée complète sous ce rapport, à montrer l'usage qu'il fit de ses qualités, ou en d'autres termes, la méthode qu'il suivit. Or la méthode, au point de vue de l'enseignement oral, c'est

(1) Épître au lecteur, t. I de l'édit. de Cujas.

(2) Lib. 9, Resp. Papin., ad leg. 14, § ultim. ad legem Falcidiam.

(3) Épître à Cujas, en tête des notes sur les règles d'Ulpien.

(4) Berriat-Saint-Prix, Hist. de Cujas, p. 439 et 559; t. I des Œuvres de Cujas, édit. de Fabrot et de Naples.

(5) V. ces deux discours dans le tom. I des éditions de Fabrot et de Naples.

ou l'arrangement en quelque sorte matériel de chaque leçon, ou la disposition scientifique des matières enseignées.

Quant à l'arrangement matériel des leçons, et à la question de savoir si Cujas les divisait en dictées et explications purement verbales, les documents que nous possédons à cet égard sont rares et insuffisants. Cujas dit bien lui-même, en parlant de son enseignement : « *Auditoribus prœterfluens oratio mea* » *nihil dictat unquam* (1); » mais ce témoignage qui serait décisif, s'il devait être pris à la lettre, paraît difficile à concilier avec la parfaite concordance des leçons empruntées aux cahiers d'élèves différents. En effet, les éditeurs des œuvres complètes n'ont pas toujours puisé le texte de ces leçons aux mêmes sources ; quelques-uns, tels que Fabrot, ont collationné divers manuscrits, et soit le résultat de ce travail, soit l'examen comparatif des éditions successives n'aboutissent qu'à un très-petit nombre de variantes insignifiantes, fait inexplicable, si chaque élève n'avait eu d'autre guide pour sa rédaction, que les souvenirs ou les notes d'une leçon orale. Il est donc probable que Cujas commençait par une explication sommaire dont sans doute il ne faisait pas la dictée proprement dite, mais qu'il s'appliquait à prononcer avec assez de lenteur pour permettre à ses élèves d'en prendre copie à peu près textuelle, et qu'ensuite le reste de la séance était consacré au développement oral de cette explication. Ces conjectures s'accordent parfaitement avec les plaintes élevées par Charles de Boissieux, dans la lettre que nous avons déjà citée, au sujet de la trop grande rapidité du débit de Cujas : cette circonstance, suivant Boissieux, rendait fort difficile aux élèves la copie des leçons, et ils ne pouvaient être sûrs de les avoir écrites exactement, qu'autant qu'ils conféraient ensemble leurs cahiers et les rectifiaient les uns par les autres ; remarque critique dont les termes excluent à la fois le fait d'une dictée proprement dite, et celui d'une rédaction complétement libre et personnelle à chaque élève.

Nous passons à l'étude, tout autrement importante, de l'ordre scientifique adopté par Cujas dans son enseignement. Une science, telle que le droit romain considéré dans les compilations de Justinien, qui a une classification propre, souvent inexacte, et dont les matériaux ont été détachés d'ouvrages ultérieurement perdus, avec la seule indication de la place qu'ils y occupaient; une science ainsi constituée est évidemment susceptible, pour sa transmission, de s'adapter à trois systèmes différents. On peut ou accepter la classification nouvelle, sauf à en faire remarquer les défauts ; ou lui substituer un ordre arbitraire plus logique et plus général ; ou enfin chercher à rétablir les sources primitives, à l'aide des indications conservées. Le premier système met mieux en lumière la pensée des compilateurs ; le second, s'il est habilement appliqué, satisfait davantage aux exigences de la raison universelle; le troisième enfin donne plus exactement le sens de chacun des éléments dont se compose l'ensemble. En d'autres termes, le premier système présente la législation de Justinien dans son état juridique ; le second, dans son état philosophique; le troisième, dans son état historique. On sait que l'histoire était la base de la réforme introduite au seizième siècle dans la science du droit ; Cujas qui embrassait et se sentait appelé à vulgariser cette réforme, devait par une conséquence naturelle, choisir parmi les trois systèmes d'enseignement dont nous avons parlé, celui qui répondait le mieux au caractère de la nouvelle école, c'est-à-dire sans aucun doute, le système historique. Ainsi naquit et se développa dans l'esprit de Cujas, cette pensée féconde de reconstituer les ouvrages des grands jurisconsultes de Rome, autant du moins que le permettait le nombre de leurs fragments conservés au Digeste. Nul ne pourrait dire combien d'aperçus nouveaux ont jailli de cette méthode; combien de textes obscurs jusqu'alors se sont éclaircis par le seul fait de leur restitution à la place qu'ils avaient occupée dans les ouvrages dont ils étaient extraits, combien d'interprétations erronées ont été rectifiées. Ce qui nous étonne, c'est qu'en présence de résultats si décisifs, le système auquel ils étaient dus n'ait pas trouvé plus d'imitateurs. Il est, en effet, remarquable que parmi les grands jurisconsultes des dix-septième et dix-huitième siècles, aucun n'ait adopté l'ordre historique indiqué par Cujas, bien que tous aient à son exemple pris pour base de leurs recherches la connaissance de l'histoire et des antiquités. La plupart, comme Perez, Bruneman, Vinnius, Wissemback, Voët, Noodt, Perizonius, Heineccius, Pothier, se sont conformés à l'ordre général des diverses compilations de Justinien. Quelques-uns, tels que Domat, ont imaginé une classification toute personnelle et fondée sur des idées complétement étrangères aux anciens jurisconsultes romains. Enfin les travaux contemporains des Allemands, qui ont donné une si vive impulsion aux études juridiques, et qui, à tant d'égards, rappellent la grande école

(1) Observat., lib. 18, cap. 38.

française du seizième siècle, se rattachent tous, comme nous l'avons déjà dit, à la méthode de Doneau, plutôt qu'à celle de Cujas. Et cependant cette dernière est loin d'être épuisée : il nous paraît même que dans les conditions actuelles du droit romain, elle est la seule convenable, la seule féconde. Le moment approche, en effet, où dans toute l'Europe, le droit romain deshérité de son influence immédiate dans l'application, n'aura plus qu'un intérêt scientifique : intérêt immense, si on sait le faire ressortir par un bon système d'exposition, mais qui, dans le cas contraire, ne sera même pas aperçu. Au point de vue de l'utilité, seule mesure durable des travaux humains, une législation morte n'appelle l'examen qu'à un de ces deux titres, ou parce qu'elle est la source de la législation vivante, ou parce que, étudiée en elle-même, elle présente un degré de perfection non encore atteint. Le droit de Justinien possède le premier caractère par rapport à un grand nombre de peuples d'Europe et le second par rapport à tous; mais il faut que le mode d'enseignement dégage et mette en saillie ce double caractère. Considérées comme sources, les compilations de Justinien n'ont point directement produit les législations modernes: l'étude des transitions intermédiaires est donc indispensable. Considérées comme type, ces mêmes compilations doivent cette éminente qualité, non à leur arrangement qui est défectueux; mais à leurs éléments dont le mérite est incontestable : le meilleur mode d'étude est donc celui qui fera le mieux ressortir ces éléments. Ainsi se révèle la double direction dans laquelle le droit romain peut encore exercer la plus haute influence : la recherche historique de ses transformations durant le moyen âge, la recherche analytique de ses parties intégrantes par leur restitution aux sources d'où elles dérivent. On le voit donc : la méthode de Cujas est la seule qui, pour cette seconde branche de l'étude du droit romain, remplisse parfaitement les conditions dont nous avons parlé; seule, elle permet d'apprécier toute la valeur de ses fragments épars, en les rattachant au corps dont ils dépendaient; seule elle peut donner une idée, bien imparfaite sans doute, de la puissance de déduction et de la multiplicité d'aperçus des grands jurisconsultes romains, c'est-à-dire, des deux qualités par lesquelles le droit qu'ils ont fondé servira toujours d'enseignement et de modèle.

Dans ce que nous venons de dire de la méthode d'enseignement de Cujas, nous n'avons pu nous aider d'aucune exposition théorique émise par lui-même sur ce sujet; mais, ce qui est un document non moins certain, la nature de l'œuvre accomplie nous a servi à juger l'esprit qui dut y présider. Cujas n'avait nul besoin de proclamer d'avance sa méthode; il la mettait chaque jour en pratique, et a laissé, pour en attester le caractère, les nombreux monuments de son enseignement. Par occasion seulement, et dans une de ces circonstances solennelles où ses fonctions lui faisaient un devoir d'entretenir le public, il prononça dans l'école de Bourges, en 1585, un discours dont le sujet apparent est la manière d'enseigner le droit, mais où, en réalité, après avoir formellement déclaré qu'il n'entendait point traiter une matière devenue en quelque sorte un lieu commun académique, et sur laquelle d'ailleurs les opinions seraient éternellement divisées, il se borne à énumérer quelques-unes des qualités qu'il juge les plus nécessaires au professeur. Ces qualités sont, indépendamment de la capacité et de la moralité, dont à tort ou à raison, il considère la nomination directe par l'autorité comme étant la plus sûre garantie : 1° la docilité d'esprit et la bonne foi scientifique, de manière à rétracter sans effort les erreurs que l'on aurait commises, aussitôt qu'un examen plus approfondi ou la critique les auraient relevées; 2° la clarté et la simplicité d'exposition, et comme moyen d'arriver à ce but, l'étude des textes eux-mêmes, en rejetant bien loin les commentaires obscurs et prolixes d'une certaine classe d'interprètes; mais sans négliger complétement les gloses si recommandables par leur brièveté savante et concise, et dont la lecture, bien qu'elle ait perdu de son intérêt depuis la révision des sources, forme cependant un des exercices les plus utiles pour le jurisconsulte; 3° enfin la préparation la plus consciencieuse avant chaque leçon, et le soin de n'émettre publiquement aucune décision, sans l'avoir mûrement méditée et en avoir pesé toutes les raisons. Le document que nous venons d'analyser n'est certainement pas un exposé de méthode; mais aussi tel n'est point le caractère que Cujas a prétendu lui donner : il faut donc le renfermer dans son objet, c'est-à-dire dans l'indication de quelques-unes des conditions d'aptitude que Cujas croyait nécessaires pour l'enseignement du droit; et ainsi limité, il ne nous paraît nullement, nous l'avouerons avec franchise, justifier le dédain qu'il a inspiré à M. Lerminier (1). N'y eût-il, en effet, que la constation authentique et motivée de l'hom-

(1) Introd. générale à l'hist. du droit, 2e édit., pag. 50.

mage rendu par un jurisconsulte tel que Cujas aux travaux des glossateurs, ce résultat seul suffirait pour appeler l'attention et le respect sur le document qui le contient. Il est vrai que nous raisonnons au point de vue de l'histoire du droit privé réel, ou, en d'autres termes, des institutions juridiques écrites ou non écrites, en vigueur chez les divers peuples et aux diverses époques; histoire parfaitement distincte, à notre avis, de celle du droit philosophique, la seule à peu près dont M. Lerminer se soit occupé dans l'ouvrage précité.

Après avoir apprécié Cujas comme professeur, nous devons le considérer comme écrivain. Ici les documents abondent; il a pris soin lui-même, en laissant de nombreux ouvrages, de fournir à la postérité d'irrécusables éléments d'une critique judicieuse et éclairée. Nous commencerons par présenter le tableau général des ouvrages de Cujas, soit de ceux qu'il a publiés de son vivant, soit de ceux publiés après sa mort. Pour les premiers, nous suivrons l'ordre de leur émission, en indiquant, le titre de l'ouvrage; le nom de l'imprimeur; la ville où l'impression a été faite; enfin, l'année de l'impression. Les principales sources où nous avons puisé nos renseignements sont le tableau de Nublé mis en tête des éditions de Fabrot et de Naples, et les rectifications ou additions à ce tableau, telles qu'elles sont indiquées et justifiées par M. Berriat-Saint-Prix (1). A l'égard des œuvres posthumes, nous adopterons l'ordre de l'édition de Fabrot, reproduit, sauf de légères différences, par les éditions subséquentes.

—

TABLEAU GÉNÉRAL DES ŒUVRES DE CUJAS.

1° *OEuvres publiées de son vivant.*

Notes sur les règles d'Ulpien. Toulouse (1554).
Premières notes sur les Institutes. Bourges (1556).
Commentaire sur les titres du Digeste, relatifs aux usucapions. (*Id.*)
Observations, liv. 1. Paris (1556).
Observations, liv. 2. Bourges (1556).
Observations, liv. 3. Paris (1557).
Commentaire sur les sentences de Paul (1558).

—

Observations, liv. 4. (Imprim. de Tournes, Lyon, 1559.)
Commentaire sur divers titres du livre 4 des Pandectes. (Imprim. de Tournes, Lyon, 1559.)
2e édition des ouvrages précédents. (*Id.*)
Commentaire sur le titre *De v. o.* Bourges (1562.)
Traité des divers délais de prescription, suivi du Traité analogue d'Eustathe, professeur grec, avec la traduction latine en regard, par Jean Lœwemklaw. (1562.)
Observations, liv. 5. (*Id.*)
Commentaire sur les trois derniers livres du Code. (*Id.*)

—

Commentaire sur le tit. *De Excusat.* (Imprim. Rouille, Lyon, 1564.)
Observations, l. 6, 7, 8. (*Id.*)

—

Traduction du liv. 60 des Basiliques. (Impr., Senneton, Lyon, 1566.)

—

Code Théodosien et Novelles; Code Grégorien et Fragments de Gaïus, Paul, Ulpien, etc. (Impr., Rouille, *id.*)

—

Commentaire sur les 5 livres des fiefs. (Impr., Senneton, *id.*)
Exposition des Novelles de Justinien. (Impr., Senneton, Lyon, 1570.)

—

Les 5 premiers Traités sur Africain. (*Id.*)
Observations, liv. 9, 10, 11. (*Id.*)

—

Paratitles sur les 50 liv. du Digeste. (Imprim., Rouille, *id.*)

—

Les 4 derniers Traités sur Africain. (Imprim., Senneton, *id.*, 1573.)
Observations, liv. 12, 13, 14. (*Id.*)

—

Défense pour l'évêque Montluc, contre un libelle publié sous le nom de Zacharie Furnester (Pseudonyme de Doneau, 1575.)

—

60 consultations, précédées de la *Veteris jurisconsulti consultatio.* (Impr., Nivelle, Paris, 1577.)
Observations, liv. 15, 16, 17. (*Id.*)
Nouvelle édition de tous les ouvrages précédents, à l'exception du Code Théodosien et de ses annexes. (*Id.*)

—

Paratitles sur les 9 premiers livres du Code. (*Id.*, 1579.)
Observations, liv. 18, 19, 20. (*Id.*)

—

Remarques d'Antoine Marchand (*Notata Antonii Mercatoris*) sur les livres d'animadversions de Jean Robert. (Imprim., Bourges, 1581.)

(1) Hist. de Cujas, p. 458 et 463.

Observations, liv. 21, 22, 23, 24. (Imprim., Nivelle, Paris, 1585.)
Commentaire sur le fragment de Pomponius, *De orig. juris*. (*Id.*)
Secondes notes sur les Institutes. (*Id.*)

—

Discours prononcé à l'Université, sur la manière d'enseigner le droit. (Imprim., Strasbourg.)

—

Code Théodosien et ses annexes, 2me édition. (Imprim., Paris, 1586.)

—

2° *Ouvrages destinés par Cujas à être publiés, mais qui ne le furent qu'après sa mort.*

Deux discours prononcés lors de l'élection des élèves-recteurs Balluc et Chamrobert. (Imprim., 1658; édit. de Fabrot.)
Discours prononcé lors de la promotion au doctorat de Georges Haloander Spirkerman. (Imprim., 1604.)
Discours sur la confession, prononcé à l'Université. (*Id.*, 1593.)
Éloge funèbre de Gaspard de la Châtre, commandant des gardes du corps. (*Id.*, 1610.)
Discours sur la pénitence, prononcé à l'Université. (*Id.*, 1658.)
Observations, liv. 25, 26, 27 et commencement du 28e. (*Id.*, 1595.)
Traduction des 38 et 39e livres des Basiliques. (*Id.*, 1609.)

Nota. Tous les ouvrages de cette catégorie, à l'exception du dernier qui, ainsi que la traduction du livre 60 des Basiliques et le Code Théodosien avec ses annexes, ne se trouve point dans l'édition de Fabrot, à l'exception aussi de l'avant-dernier qui fait suite aux précédents livres d'observations, ont été classés par Fabrot, sous le nom de discours divers, parmi les œuvres posthumes, et insérés dans la deuxième partie du tome IV de ces œuvres. La même subdivision de ce tome contient en outre quelques lettres de Cujas et un des ouvrages publiés de son vivant, la défense pour Montluc. Un second ouvrage également publié de son vivant, le *Mercator*, a été inséré par Fabrot en tête du tome VI des œuvres posthumes.

3° *Ouvrages de Cujas qu'il ne destinait pas à être publiés et qui l'ont été après sa mort sur les cahiers de ses élèves.*

AUTEURS COMMENTÉS.	TITRES DES OUVRAGES.	NOMBRE DE LIVRES.	VOLUME OU ILS SE TROUVENT. (Édit. de Fabrot.)
Papinien.	Questions	37	Tome 1er des œuvres posthumes.
	Réponses	19	
	Définitions	2	
	Traité de l'adultère	2	
	Autre traité de l'adultère	1	
	Règlts des Édiles (ἀγορανομικά).	1	
Paul.	Commentaire sur l'édition.	80	Tome 2.
	Questions	26	
Modestin	Différences.	9	
Salvius Julianus	Digeste.	90	Tome 3.
	Notes sur Minicius	6	
	Notes sur Urscius Férox	4	
	Des cas douteux.	1	
Paul.	Réponses	23	
Nératius.	Id.	2	
Marcellus	Id.	1	
Ulpien	Id.	2	
Modestin	Id.	19	
Cervidius Scevola.	Id.	6	
Grégoire IX	Décrétales	2e, 3e et 4e.	
Justinien	Digeste.	Les 36 premiers livres.	Tom. 4, 1re part.
		Les 14 derniers.	Tom. 4, 2e part.
	Institutes	4	
	Code.	Les 9 premiers livres	Tome 5.
	Digeste.	50 (simples notes).	Tome 6.
	Code.	12 (simples notes).	
	Digeste.	Divers titres omis	
	Code.	Les 4 pr. liv. (titres omis).	
	Digeste.	Titres *De legatis 3o. De operis novi nuntiatione. De re judicata. De usuris et fructibus.*	

La première vue du tableau que nous venons de présenter, provoque trois ordres distincts de réflexions, qui correspondent aux trois faits suivants : 1° l'absence de travaux étrangers à la science du droit, sauf quelques discours imposés à Cujas par ses fonctions, et deux écrits de polémique, le *mercator* et la défense pour Montluc ; 2° l'étude exclusive du droit romain, si ce n'est dans deux ouvrages, le traité des fiefs et le Commentaire sur trois livres des Décrétales du pape Grégoire IX ; 3° le caractère particulier des écrits relatifs au droit romain, dont la plupart, négligeant l'ordre des compilations de Justinien, tendent à rétablir celui des jurisconsultes qui ont fourni les matériaux. Nous avons déjà suffisamment insisté sur ce dernier point, en traitant du système d'enseignement de Cujas; et, en effet, ceux de ses ouvrages qui offrent le caractère dont il s'agit, ne sont que la reproduction de ses leçons orales. Nous aurons donc seulement à rechercher le rapport qui unit ceux où ce caractère existe avec ceux où il manque, et à déterminer quelle règle de préférence a guidé Cujas dans le choix des jurisconsultes et des écrits qu'il a soumis à cette méthode.

Nous revenons au premier ordre de réflexions dont nous avons parlé : la culture à peu près exclusive de la science du droit, qu'indique la longue série d'ouvrages laissés par Cujas. Et cependant la variété de ses aptitudes et de ses connaissances lui facilitait tous les genres de recherches. Il avait approfondi les littératures grecque et latine, et l'usage fréquent qu'il fait de citations empruntées soit aux poëtes, soit aux philosophes, soit aux orateurs, prouve avec évidence qu'il aurait pu, s'il l'eût voulu, devenir le rival de Scaliger. Le catalogue de sa bibliothèque, dressé en 1573, atteste également qu'aucune des sciences connues de son temps ne lui était étrangère : les ouvrages de droit ne formaient que la septième partie du nombre total dont elle se composait; ceux d'histoire en formaient la huitième; ceux des poëtes, la seizième; ceux des mathématiciens et géographes, la trentième (1). Ainsi donc, il n'aurait dépendu que de lui, avec un tel dépôt de connaissances, d'aborder les sujets de composition les plus variés; mais il savait que la multiplicité des études fait jaillir comme autant de rayons épars qui doivent être concentrés pour produire une vive lumière, et il prit constamment la science du droit pour but commun de ses méditations et de ses lectures.

(1) Berriat-Saint-Prix, Hist. de Cujas, p. 425.

Ce qui au premier abord étonne davantage, c'est que ses travaux n'aient point embrassé toutes les grandes divisions de cette science au seizième siècle. Il n'a composé qu'un seul ouvrage sur le droit féodal et un autre incomplet sur les décrétales ; et quant aux coutumes, aux ordonnances des rois et à la jurisprudence des parlements, dont l'ensemble formait le droit national français, il n'en a fait l'objet spécial d'aucun écrit. Pour apprécier avec exactitude cette espèce d'oubli et n'être point tenté de l'attribuer à une lacune dans les études de Cujas, il importe de refaire par la pensée les conditions où la science se trouvait placée à son époque. De nos jours, sans doute, le droit civil consiste en un corps de législation dont les limites sont précises, et dont par conséquent les sources, quelque multiples qu'elles soient, peuvent facilement être étudiées. Mais il ne faut pas que les proportions actuelles de cette synthèse nous fassent méconnaître le caractère nécessaire des travaux qui l'ont préparée. Au seizième siècle, tous les éléments, aujourd'hui rapprochés et conciliés dans le Code civil, se trouvaient épars et séparés entre eux par les différences les plus profondes. Le droit romain, le droit féodal, le droit canonique, les coutumes, les ordonnances des rois, la jurisprudence des arrêts, tels étaient les divers ordres de décisions qui se partageaient le règlement des rapports de la vie civile : avant de songer à les confondre en un seul tout, il fallait déterminer leurs limites respectives, il fallait leur donner à chacun isolément une constitution scientifique. Telle fut la mission des jurisconsultes du seizième siècle : chaque grande source du droit devenait l'objet exclusif des recherches de l'un d'eux, et prenait sous la puissance d'efforts ainsi concentrés ces formes précises qui en ont rendu plus tard l'accès facile à toutes les intelligences. Cette division du travail juridique est le fait dominant de l'époque dont nous parlons : l'un était canoniste; l'autre civiliste; un troisième s'occupait de législation coutumière, mais aucun ne cherchait encore à saisir et à montrer les points de contact de ces éléments divers. On était loin de l'époque où le premier président Lamoignon pourrait, dans ses *arrêtés*, concevoir le plan d'une législation uniforme pour toute la France, et plus encore de celle où les travaux de Pothier prépareraient la réalisation de cette idée. Mais ce qu'il importe de constater, c'est que les prévisions de Lamoignon et les écrits de Pothier supposent la préexistence des jurisconsultes antérieurs. Les pandectes de Pothier et ses ouvrages sur les contrats procèdent aussi directement de Cujas, que ses

ouvrages sur les coutumes et ses traités de droit français procèdent de Dumoulin. A défaut de ces deux grands explorateurs qui s'étaient partagé les deux sources les plus abondantes du droit national, la vie entière de Pothier aurait à peine suffi pour en connaître et en divulguer une seule, et sans leur examen comparatif par Pothier, notre Code civil serait probablement encore un magnifique rêve non réalisé. L'unité de législation, la facilité actuelle des études juridiques, la réunion de principes d'origine diverse dans un cadre homogène, tous ces avantages dont nous jouissons, dus politiquement à une série de révolutions sociales, le sont scientifiquement aux efforts persévérants et exclusifs des jurisconsultes du seizième siècle, dans la direction que chacun s'était imposée. Il ne faut pas croire, du reste, qu'ils fussent étrangers, dans toute autre direction, au mouvement et au perfectionnement des études juridiques : ils s'appliquaient au contraire, à recueillir et à utiliser ces progrès, à mesure qu'ils s'accomplissaient; seulement ils ne prenaient point part à leur création; parce qu'ils avaient un rôle distinct à remplir dont ils ne voulaient pas se distraire. C'est ainsi que Dumoulin voué à l'explication des coutumes, était profondément versé dans la connaissance du droit romain, et publia même divers traités relatifs à ce droit, qui lui assignent un rang distingué parmi les interprètes. Et Cujas, de son côté, chef d'une nouvelle école d'interprétation des lois romaines, bien que l'étendue de ce corps de lois dût suffire à la plus grande puissance de travail, et que son vaste développement, à la différence des coutumes, pût dispenser de recourir à un droit supplémentaire; Cujas, disons-nous, non-seulement n'était point étranger à la législation coutumière dont il a cité fréquemment des textes dans ses consultations; mais en outre, recueillait avec soin les sources et les commentaires de cette législation. Le catalogue de sa bibliothèque, dont nous avons déjà parlé, comprend, outre le Coutumier général, les textes ou commentaires des coutumes particulières de Berri, de Blois, du Bourbonnais, de Bordeaux, d'Orléans, de Paris, du Perche, du Poitou, de Savoie, de Troyes, et parmi les ouvrages de doctrine et de jurisprudence, ceux de Dumoulin, de Ferron, de Lemaître, de Papon, de Rebuffe, le Style des notaires, la pratique d'Imbert, etc. (1).

Nous venons de montrer que si Cujas restreignit presque exclusivement ses recherches au droit romain, ce ne fut de sa part ni impuissance puisque les autres sources juridiques lui étaient familières, ni dédain des mêmes sources puisqu'il accordait dans sa bibliothèque une si large place aux ouvrages qui les contenaient. Ce fut l'effet d'une volonté réfléchie, par suite de laquelle il embrassa moins pour approfondir davantage. Nous avons déjà indiqué la voie laborieuse qu'il s'ouvrit, afin de mieux atteindre ce but, et qui consistait à s'écarter du cadre tracé par les compilateurs, pour essayer de retrouver celui des auteurs originaux. Toutefois, en jetant un coup d'œil sur le tableau général des OEuvres de Cujas, on s'aperçoit tout d'abord qu'à côté d'un grand nombre d'écrits dont l'objet évident est de faire revivre l'esprit des jurisconsultes anciens, d'autres paraissent accepter la méthode des compilations de Justinien. Ce serait là un double emploi, si les textes déjà commentés sous le nom du jurisconsulte auquel ils appartiennent, l'étaient encore une seconde fois dans l'ordre que les compilateurs leur ont donné. Mais telle n'a point été la pensée de Cujas : à l'exception de quelques titres du digeste soumis séparément à un examen approfondi ou publiés avant l'interprétation distincte des divers jurisconsultes, les commentaires des compilations de Justinien ne doivent être en général considérés que comme le complément des commentaires spéciaux pour chaque jurisconsulte, et comme destinés à en combler les lacunes par l'analyse des textes étrangers aux ouvrages recomposés. Quant aux motifs qui paraissent avoir guidé Cujas dans le choix des ouvrages soumis à ce travail de recomposition, la simple énumération de ceux sur lesquels s'est portée sa préférence suffit pour les indiquer. On remarque, en effet, que ce sont presque tous des livres de *questions* ou de *réponses;* et parmi le petit nombre de ceux différemment désignés, cinq se refèrent à des matières variées : les *Définitions* de Papinien, les *Différences* de Modestin, les *Cas douteux*, les notes sur Minicius et celles sur Urseius, de Salvius Julianus; trois autres ont pour objet des matières spéciales : les deux traités sur l'adultère et celui sur les règlements des édiles de Papinien. Ces trois derniers, d'ailleurs, aussi bien que les *Définitions* du même jurisconsulte, et les trois ouvrages précités de Salvius Julianus peuvent n'avoir provoqué les recherches de Cujas, qu'en vue de compléter le tableau des décisions de leurs auteurs, dont les ouvrages principaux rentraient dans le plan qu'il se proposait. Il ne reste donc que deux traités généraux, destinés à l'exposition systématique de l'ensemble

(1) Berriat-Saint-Prix, Hist. de Cujas, p. 436, note 256.

du droit : le Digeste de Salvius Julianus et le commentaire de Paul sur l'Édit. Ainsi se révèle pleinement la pensée de Cujas : montrer d'abord la synthèse des documents juridiques aux deux époques extrêmes du bel âge de la jurisprudence romaine, c'est-à-dire sous Adrien et sous Alexandre-Sévère; rechercher ensuite les applications particulières qui en furent faites dans l'intervalle, aux questions soulevées par la pratique des affaires, tel était son but, facile à induire des moyens qu'il prit pour l'atteindre. Il est impossible, en effet, que le caprice seul ait présidé au choix dont nous venons de parler. Tous les livres de *réponses*, sauf une seule exception, publiés par les jurisconsultes dont le Digeste a conservé des fragments, se trouvent compris dans les travaux de Cujas; et le seul ouvrage excepté appartient au jurisconsulte Gallus Aquila, postérieur à Constantin et conséquemment aux beaux temps de la jurisprudence. Cujas s'est également occupé des principaux livres de *questions*, de ceux de Papinien, de Paul et d'Africain. Et ce qu'il y a de remarquable, c'est que souvent entre un très-grand nombre d'ouvrages du même jurisconsulte, son choix est tombé exclusivement sur ceux de *questions* ou de *réponses*. Ainsi sur vingt-sept ouvrages d'Ulpien, le seul qu'il ait commenté est celui des *réponses*, et sur quatre-vingt-un de Paul, les seuls commentés, indépendamment des livres sur l'Édit, sont ceux des *questions* et des *réponses*. Évidemment, ce sont là des preuves d'une intention arrêtée, d'un système préconçu. Le même fait intentionnel ressort d'observations analogues à l'égard des deux traités généraux du droit, dont il a composé le commentaire. Sous le titre de Digeste ou Pandectes, il trouvait, outre l'ouvrage de Salvius Julianus, ceux d'Alfenus Varus, jurisconsulte antérieur, de Marcellus et de Celsus fils, contemporains de Julianus, et enfin de Cervidius Scévola, Ulpien et Modestin, jurisconsultes plus récents. De même, l'Édit avait fait le sujet des travaux de Gaius, avant ceux de Paul et d'Ulpien. Mais Cujas ne pouvait hésiter entre le Digeste de Salvius Julianus et les traités semblables des autres jurisconsultes : c'était Salvius Julianus qui avait été l'auteur du résumé des édits prétoriens, connu sous le nom collectif d'Édit, et devenu sous ce titre le point de départ de l'époque la plus florissante de la jurisprudence. A défaut de l'Édit lui-même, la source la plus sûre pour en connaître le plan général, était évidemment un tracé méthodique émané de son auteur. La base des développements juridiques ultérieurs ainsi fixée, il était naturel d'en examiner l'ensemble, à l'époque où ils se trouvèrent complets. Les ouvrages de Paul et d'Ulpien sur l'Édit pouvaient seuls remplir cette condition, puisque ces deux jurisconsultes marquent la fin du mouvement progressif de la jurisprudence. Du reste l'un et l'autre s'adaptaient indifféremment au but dont il s'agit, et si Cujas a donné la préférence à Paul, c'est sans doute à cause de la supériorité doctrinale de ce dernier sur Ulpien, prouvée par la comparaison de leurs fragments respectifs conservés au Digeste.

Nous ajouterons, en finissant, qu'au nombre des écrits de Cujas destinés à reproduire, en les commentant, les ouvrages des jurisconsultes romains, nous avons seulement entendu comprendre ceux pour lesquels il est lui-même l'auteur du travail de restitution, et n'a pu puiser à d'autres sources qu'au Digeste. Nos observations ne s'appliquent, par conséquent, ni à ses notes sur les *règles* d'Ulpien, ni à son commentaire sur les *sentences* de Paul. Les *règles* d'Ulpien avaient déjà été colligées à l'aide de divers documents, et publiées par Jean du Tillet, en 1549; et quant aux *sentences* de Paul, la principale source de leur restitution était non le Digeste, mais le *Breviarium Alarici* ou Code romain des Visigoths. Il n'est pas étonnant que ces deux ouvrages d'anciens jurisconsultes, étant ainsi en partie retrouvés, aient appelé l'attention de Cujas, bien que leur objet ne rentrât peut-être pas directement dans le plan général dont nous avons plus haut fourni les preuves.

En cherchant à juger Cujas comme écrivain, nous nous sommes attachés exclusivement à déterminer le but scientifique poursuivi dans ses ouvrages, et conséquemment la part qu'ils ont eue dans le progrès des études juridiques. Nous avons essayé d'analyser l'idée sans nous enquérir de la forme donnée à son expression; nous avons étudié le jurisconsulte et négligé l'artiste. Et cependant sous ce dernier point de vue, Cujas est aussi grand que sous les autres : aucun moderne n'a écrit la langue latine avec plus de pureté et d'élégance; il semble que du commerce intime qu'il entretenait avec la littérature classique de Rome, il ait retiré cette simplicité majestueuse dont ses contemporains ne lui offraient aucun exemple. Son mérite littéraire n'a jamais été contesté; mais ce que l'on a peut-être trop peu remarqué, c'est le caractère particulier de son style, ce mélange d'abondance et de concision dont il devait une moitié à la lecture habituelle de Cicéron, et l'autre à l'étude approfondie des jurisconsultes ses modèles. Type d'expression, que nous croyons seul convenable aux

travaux législatifs et juridiques dans les temps modernes, où la découverte de l'imprimerie et plusieurs autres causes ont rendu faciles et nécessaires pour la rédaction et l'interprétation de la loi, des formes de langage moins brèves et plus explicites que dans les temps anciens. Malheureusement ce genre de style est complétement étranger aux habitudes actuelles de nos législateurs, qui le plus souvent ne savent être concis qu'avec obscurité ou clairs qu'avec diffusion; et c'est un nouvel élément à ajouter à tant d'autres, de l'utilité que peut encore procurer l'étude des jurisconsultes de l'ancienne Rome et de leurs interprètes du seizième siècle.

On vient de voir que la pensée fondamentale de Cujas, soit dans son enseignement, soit dans ses écrits, consistait à remonter au delà des compilations de Justinien et à en dégager les jurisconsultes antérieurs. Cette même pensée se retrouve dans ses travaux d'érudit, dernier rapport sous lequel il nous reste à le considérer.

Cujas cultivait par goût l'érudition générale, comme le prouvent son amitié pour Scaliger et le soin qu'il prenait de réunir dans sa bibliothèque le plus grand nombre possible de manuscrits. Lors du catalogue de 1573, déjà cité plusieurs fois, il en possédait 185 (1); et jusqu'en 1590, époque de sa mort, ce nombre s'était élevé à 500, suivant Catherinot (2). Cujas fournit en outre de précieux matériaux à des publications faites par divers érudits de son temps : c'est à lui, par exemple, qu'est due la traduction latine des lettres des anciens Grecs, trouvée dans la bibliothèque de Pierre Pithou et publiée à Genève, en 1606, par le typographe Caldorée.

Par application de cette tendance naturelle de son esprit, il devint un des plus illustres représentants de l'érudition juridique, soit en recherchant et publiant des manuscrits inconnus, soit en revisant les textes, et dirigeant ou provoquant de nouvelles éditions, soit enfin en émettant son avis motivé sur le mérite comparatif des divers manuscrits ou des diverses éditions. Ces trois ordres de faits nous serviront à classer les documents assez nombreux que nous avons recueillis à cet égard, et dont la place, dans chacune de nos divisions, sera déterminée par l'époque juridique à laquelle ils se réfèrent. C'est ainsi que nous présenterons d'abord les travaux sur le droit antérieur à Justinien, et successivement ceux sur les compilations de ce prince et ceux sur les collections postérieures; car bien que la première de ces époques forme l'objet principal de ces travaux par suite du système général de Cujas, dont nous avons parlé, les deux autres sont cependant loin d'avoir été négligées, comme il sera facile de le voir.

Occupons-nous d'abord des manuscrits découverts ou publiés par Cujas.

En première ligne figure le *Papien* ou Code romain des Bourguignons, publié par Cujas à la suite de ses deux éditions du Code Théodosien, en 1566 et 1586, sous le titre suivant : *Papiani liber responsorum* ou *Papiani responsum*. La rédaction de ce recueil eut lieu entre 517, époque de la promulgation des lois Bourguignonnes, et 534, époque de la chute du royaume de Bourgogne. Ce recueil est donc probablement antérieur aux compilations de Justinien, et d'ailleurs ses rédacteurs ont puisé directement aux sources, c'est-à-dire dans les ouvrages des anciens jurisconsultes, dont ils ont, il est vrai, complétement dénaturé les passages qu'ils ont reproduits. C'était, du reste, un corps de lois revêtu de la sanction publique, et destiné à régir les sujets romains du royaume de Bourgogne. Cujas a le mérite d'avoir le premier découvert l'existence et le lieu de composition de ce recueil; mais il s'est trompé en le considérant comme l'œuvre personnelle d'un jurisconsulte nommé Papien. Son opinion à cet égard est nettement indiquée, soit par le titre de l'édition de 1586 : *Burgundionis jurisconsulti, qui Papiani responsorum titulum præfert, liber;* soit surtout par les expressions suivantes de la préface mise en tête de l'édition de 1566 : « *Papiani, non Papiniani illius* » *omnium qui sunt, qui erunt, quique fuerunt jurisperitissimi, sed paulo inferioris ævi, quo Theodericus Italiæ imperabat, Papiani nec incauti nec inelegantis* » *jurisconsulti.* » L'erreur de Cujas peut facilement s'expliquer : dans le manuscrit dont il se servit et qui est aujourd'hui perdu, le Code romain Bourguignon se trouvait sans doute, comme dans plusieurs autres manuscrits, et notamment dans celui du Vatican, placé immédiatement à la suite du Code romain Visigoth ou *Breviarium Alarici*. Or tous les manuscrits complets de ce dernier recueil se terminent par un fragment très-court du liv. 1er des *réponses* de Papinien, ainsi indiqué : *Papiani, lib.* 1 *responsorum;* et le commencement du Code romain Bourguignon, lorsqu'il est à la suite, n'en est séparé que par l'insertion des mots : *tit.* 1. Cujas aura donc appliqué la rubrique : *Papiani*

(1) Berriat-Saint-Prix, Hist. de Cujas, p. 425.

(2) Vie de mademoiselle Cujas.

lib. 1 *responsorum* à tout l'ensemble de la collection; et effectivement dans l'édition de 1566, le fragment de Papinien en forme le titre premier. Mais plus tard, Cujas ayant reconnu l'authenticité de ce fragment, le retrancha de l'édition de 1586, qui présente ainsi un titre de moins que la précédente. Il aurait dû dès lors, pour être conséquent, supprimer aussi la désignation générale : *Papiani liber responsorum*, qui n'était désormais justifiée par aucune apparence de raison (1).

Un second document relatif au droit antérieur à Justinien, du moins par les nombreuses citations qui s'y trouvent, est la *Veteris jurisconsulti consultatio*, publiée pour la première fois par Cujas, en 1577, en tête de ses soixante consultations. La découverte de ce manuscrit n'appartient point à Cujas, puisqu'il déclara lui-même, dans l'épître dédicatoire, en devoir la connaissance à Antoine Loisel.

Un troisième document, également relatif au droit antérieur à Justinien, consiste dans un fragment d'un ancien jurisconsulte inconnu sur les diverses espèces de droit et sur les affranchissements, autrefois traduit en grec par le grammairien Dosithée, et dont la version retrouvée est une seconde traduction du grec en latin. Le manuscrit de ce fragment n'a été ni découvert ni publié par Cujas : l'auteur de sa découverte est Claude Dupuy, et son premier éditeur, Pierre Pithou, qui l'inséra, en 1572, à la suite de la *collatio legum mosaïcarum et romanarum;* mais comme Cujas, ainsi qu'il l'atteste lui-même (2), en reçut communication de Claude Dupuy, et qu'il était étroitement lié avec Pierre Pithou, qui le consultait dans la plupart de ses entreprises d'érudition, on est amené à penser qu'il ne demeura point étranger à la revision et à la publication de ce texte.

Enfin le livre *De asse et ponderibus*, attribué généralement à Volusius Mœcianus, jurisconsulte du temps d'Antonin le Pieux, et que d'autres pensent avoir été écrit postérieurement au Code Théodosien, fut publié pour la première fois par Cujas, avec divers textes du droit antérieur à Justinien, édités ensemble à Genève en 1586.

A l'égard du droit de Justinien, tous les manuscrits qui en contenaient les diverses parties étaient depuis longtemps connus et publiés. Néanmoins, le plus important de ces manuscrits, les *Pandectes Florentines*, n'avait fait l'objet d'une étude spéciale que de la part de Lœlio et François Taurelli qui, après dix ans de travail, en avaient donné une édition complète en 1553; et, quoique Cujas fût parfaitement disposé à reconnaître le mérite de cette édition, dont il disait que c'était un présent digne de la divinité (3), il était convaincu avec raison que sa profonde connaissance du droit lui aurait permis d'apercevoir une foule de détails qui pouvaient avoir échappé aux deux Taurelli. Aussi tenta-t-il vainement d'obtenir pour quelques mois le prêt du manuscrit de Florence, sous l'offre du dépôt de 2000 écus d'or et de la garantie d'Emmanuel Philibert, duc de Savoie, et mourut-il, comme il le disait lui-même, avec le regret de n'avoir pu réussir dans sa demande (4). Quant au code de Justinien, Cujas paraît avoir possédé le manuscrit d'une traduction française des trois derniers livres de ce recueil, faite durant le moyen âge : du reste il ne publia point cette traduction, et se borna, sans autre explication, à en révéler l'existence dans le passage suivant : « *Veteres* » *Franci hos tres libros dumtaxat francos* » *fecerunt* (5). » On doit donc regarder comme purement conjecturale l'opinion de Frecher, Brodeau et Camus, qui fixent vers l'an 1135 l'époque de cette traduction, puisqu'ils ne s'appuient ni sur le témoignage de Cujas, ni sur aucune preuve historique.

Parmi les collections juridiques postérieures à Justinien, la plus importante sans contredit est celle connue sous le nom de *Basiliques*, grand corps de lois publié dans l'empire grec en 945, avec les matériaux fournis par les compilations de Justinien; mais dans un nouvel ordre et à l'aide des mêmes sources où avaient été puisées ces compilations. Avant les travaux de Cujas sur les Basiliques, on ne connaissait des soixante livres composant ce recueil, que quatre livres entiers et deux autres incomplets, imprimés par Gentian Hervet en 1557. Cujas put en outre consulter les manuscrits de la bibliothèque de Catherine de Médicis, et ceux qu'il avait lui-même acquis pendant son séjour en Italie et qui comprenaient vingt-cinq livres entiers des Basiliques (6). Ce fut au moyen de ces docu-

(1) Savigny, Hist. du droit romain au moyen âge, trad. de Guénoux, t. II, n. 7, 8 et 9.

(2) Observat., lib. 18, cap. 20.

(3) Lib. II, Def. Papiniani, ad leg. 2, de div. reg. juris antiqui.

(4) De Thou, de vitâ suâ, lib. 1, ad ann. 1573.

(5) Epît. dédic. du commentaire sur les trois derniers livres du Code.

(6) Lettre de Cujas, du 7 août 1567, dans la Thémis, t. I, p. 91.

ments qu'il publia la traduction latine du soixantième livre, composa celle des trente-huitième et trente-neuvième, et cita dans le cours de ses ouvrages un nombre considérable de passages épars du même recueil. Ses travaux ont servi plus tard, soit pour l'établissement du texte, soit pour la traduction, à la grande édition des Basiliques publiée par Fabrot en 1617; et les manuscrits qu'il avait consultés se trouvent aujourd'hui, pour la plupart, déposés à la bibliothèque royale (1).

Nous passons à l'indication des divers textes du droit romain dont il publia ou conseilla de nouvelles éditions.

Il donna, d'après le *Breviarium* et quelques autres documents, deux éditions incomplètes du code Théodosien en 1566 et 1586, lesquelles, malgré leurs lacunes, furent d'un grand secours à Jacques Godefroy pour préparer l'édition d'ailleurs bien supérieure publiée par Antoine Marville en 1665.

Il revisa avec la plus scrupuleuse attention, sur d'anciens manuscrits, le texte des Institutes de Justinien, et le publia ainsi revisé en 1585. Cette édition offre deux particularités remarquables : d'abord les titres y sont désignés sous le nom de chapitres, et leurs dispositions sont écrites de suite sans alinéas ni paragraphes; en second lieu, le troisième livre n'a que vingt-neuf titres, par l'effet de la réunion du titre 7e *De servili cognatione*, avec le précédent *De gradibus cognationum*. Ce dernier ordre, emprunté à la plupart des anciens manuscrits, et confirmé par la paraphrase de Théophile, a été reproduit dans l'édition de Pacius de 1641, et dans plusieurs autres plus récentes. L'édition de Cujas a été textuellement réimprimée en 1777, dans le *corpus juris* de Gebauer-Spangenberf, sauf le maintien de la division communément reçue en titres et en paragraphes.

Indépendamment de ces éditions qu'il publia lui-même, il prêta à quelques autres l'appui de ses conseils. C'est ainsi que l'abrégé des Novelles de Justinien, composé par Julien vers 570, et déjà publié plusieurs fois durant le seizième siècle, le fut de nouveau en 1576 par les frères Pithou, d'après l'avis et sous le patronage de Cujas. De même, ce fut lui qui revisa les Novelles découvertes postérieurement aux travaux des glossateurs, et déjà publiées par Haloander en 1531, lors de l'édition qu'en donna Le Conte vers 1560.

Il ne nous reste, pour compléter l'appréciation de Cujas comme érudit, qu'à indiquer rapidement les principaux jugements par lui émis sur le mérite de divers manuscrits et de diverses éditions. Nous avons déjà rappelé son opinion au sujet de l'édition des Pandectes Florentines par Lœlio et François Taurelli. Quant à ce manuscrit lui-même, il ne lui reconnaissait pas, comme les deux éditeurs, la qualité de type unique de tous les manuscrits existants du Digeste : il pensait, au contraire, que parmi ces derniers, plusieurs sont des copies de manuscrits originaux autres que les Florentines, et qu'ainsi tous peuvent également fournir de nouvelles leçons pour l'établissement du texte (2). Cette opinion est partagée par M. de Savigny (3). Cujas ne se borna pas à l'émettre théoriquement; il en fit d'assez fréquentes applications, notamment aux dix dernières lois du titre *De interdictis et relegatis*, qui manquaient dans les Florentines et qu'il rétablit à l'aide de divers autres manuscrits (4).

On doit encore rattacher à la critique des textes et des éditions, l'avis exprimé par Cujas sur l'ancienne traduction latine des Novelles originairement promulguées en grec. Cette traduction connue sous le nom de *Vulgate* ou *Authentique*, dont la composition paraît remonter au règne de Justin II, ou même, suivant quelques érudits, à la fin de celui de Justinien, et que l'on croit avoir reçu la sanction de l'empereur sous lequel elle fut émise; cette traduction était sans doute bien inférieure, pour l'élégance et la pureté du style, à celles publiées du temps de Cujas, par Haloander, Agyleus et Scrimger. Il déclare cependant la préférer à ces dernières, soit parce qu'elle était plus littérale et conséquemment plus exacte, soit aussi parce qu'elle se rattachait mieux aux travaux juridiques antérieurs; étant la seule qui eût été connue et commentée par les glossateurs, et qui fût reçue devant les tribunaux (5).

Ici se terminent les documents que nous avons recueillis sur les opinions professées par Cujas en matière d'érudition proprement dite. La comparaison scientifique des divers textes réunis dans les éditions du *Corpus juris*, présente toutefois trop d'analogie avec l'érudition pour que ce ne soit pas le lieu de rappeler quelques-uns des sentiments de Cujas sur ce sujet.

---

(1) Revue de législ., t. III, p. 53 et 137 (articles de M. Giraud).

(2) Observ., lib. 1, cap. 1; lib 2, cap. 1.

(3) Hist. du droit romain au moyen âge, trad. de Guénoux, tom. III, n. 165 et 166.

(4) Édit. de Fabrot, t. X, p. 286.

(5) Observat., lib. 8, cap. 40.

Cujas pensait qu'il était superflu de faire de longs commentaires sur les Institutes, que le meilleur moyen d'étudier utilement ce recueil était de le conférer avec la paraphrase de Théophile, et qu'il fallait se borner à de simples notes pour restituer les passages altérés par le temps ou par la négligence des copistes et des éditeurs (1). Le tableau général des œuvres de Cujas prouve, du reste, qu'il s'était parfaitement conformé lui-même à cette règle. Il a remarqué, sur les rapports des Institutes avec les autres parties du droit de Justinien, que cet ouvrage contient des faits, des décisions et des principes qu'on chercherait vainement ailleurs, et qui servent à éclaircir de nombreux passages du Digeste et du code; et à l'appui de cette assertion, il cite plus de trente exemples différents (2).

Il ne renvoie presque jamais, dans le cours de ses écrits, aux *authentiques* du code, préférant avec raison le texte original des Novelles de Justinien à des extraits souvent inexacts (3). Quant aux Novelles de Léon, il ne les invoque que pour expliquer les passages obscurs de la collection de Justinien (4).

Nous avons ainsi complété le tableau de Cujas, sous le triple rapport que nous avions annoncé: comme professeur, comme écrivain, comme érudit. Il nous reste, pour achever de remplir notre cadre, à rechercher par quelles transitions successives les travaux de ce grand jurisconsulte ont été mis à la disposition des rédacteurs du Code civil.

Les nombreuses décisions et interprétations contenues dans ses écrits, reçurent, dès son vivant, une forme particulière qui les rendit facilement accessibles à l'esprit des praticiens. Les éditions du *Corpus juris* publiées par Charondas en 1575, par Jules Pacius en 1580, et enfin par Denis Godefroy en 1583, renferment, en effet, une foule d'annotations et d'explications empruntées aux ouvrages de Cujas. C'est aussi à la même source qu'ont été puisées la plupart des rectifications marginales apportées à la glose, dans les éditions qu'en donnèrent les interprètes du seizième siècle, tels entre autres que Le Conte et Denis Godefroy. Ainsi, tant que la glose continua à être consultée, elle ne put l'être indépendamment des corrections de Cujas, et lorsque bientôt elle fut tombée dans un complet discrédit, le retour au texte dut attribuer une immense influence aux notes extraites d'un aussi célèbre jurisconsulte; d'autant mieux que, comme on sait, toutes les annotations accompagnaient le texte lui-même dans l'édition du *Corpus juris* de Denis Godefroy. Il est même probable que cette dernière circonstance contribua pour beaucoup au succès de cette édition, qui fut presque seule en possession d'être citée devant les tribunaux pendant toute la durée des dix-septième et dix-huitième siècles, et reçut en conséquence le nom d'édition usuelle. La jurisprudence des parlements appelés à faire l'application du droit romain, placée de la sorte en communication facile avec les résultats des travaux de Cujas, dut reproduire et investir de l'autorité de la chose jugée un grand nombre des décisions par lui émises. C'est, en effet, ce qui eut lieu, et vers la fin du dix-huitième siècle, la pratique judiciaire des pays de droit écrit était profondément empreinte de l'influence de Cujas.

Mais cela ne suffisait point pour préparer les voies à une législation nouvelle : la pratique ne présentait les divers éléments dont elle était le produit, que dans un état de confusion et d'incertitude qui empêchait souvent de reconnaître leur véritable caractère; il fallait donc les discerner, les classer, et les disposer ainsi à recevoir l'expression législative. Cette haute mission fut comprise et acceptée par Pothier, et quand il dut choisir un guide pour la partie de son œuvre qui se référait au droit romain, ce fut Cujas qu'il adopta : préférence réfléchie qu'attestent à la fois et les nombreuses citations qu'il fait de ce jurisconsulte, et le nombre plus grand encore de décisions qu'il lui emprunte sans le citer (5). On peut donc le dire avec certitude : les écrits de Cujas n'ont pas seulement servi de précurseur nécessaire à ceux de Pothier, comme nous l'avons déjà démontré; ils en ont en outre, dans les limites de leur objet, fourni les matériaux et dirigé l'esprit. Par conséquent, pour toutes les dispositions d'origine romaine, qui se rencontrent dans le Code civil, Cujas inspirait et guidait à leur insu les rédacteurs, puisque l'ordre pratique et l'ordre théorique, c'est-à-dire les deux bases de toute législation, s'appuyaient également sur ses travaux : l'ordre pratique, par l'intermédiaire de la jurisprudence des parlements et de l'édition usuelle du *Corpus juris*, l'ordre théorique par les publications de Pothier.

Ainsi l'étude attentive des faits a pleine-

(1) Observat., lib. 11, cap. 34.
(2) Observat., lib. 11, cap. 38.
(3) Berriat-saint-Prix, Hist. du droit romain, p. 189.
(4) Observat., lib. 11, cap. 31.
(5) Berriat-Saint-Prix, Hist. du droit romain, p. 155 et 267.

ment confirmé, relativement à Cujas, les idées que nous émettions en commençant, sur l'étroite connexité qui unit l'œuvre du jurisconsulte à celle du législateur. Le principe lui-même est peu contesté aujourd'hui ; mais les conséquences ne sont pas toutes également admises, quelques-unes d'entre elles demeurent encore inaperçues. Il nous semble que des recherches systématiquement dirigées vers ce but, hâteraient beaucoup les progrès de la science dans la voie de régénération où elle est entrée depuis quelque temps. Si, pour les divers éléments dont la fusion a produit le Code civil, le droit romain, le droit canonique, les coutumes, les ordonnances des rois et la jurisprudence des parlements, on parvenait à déterminer exactement la part de chacun dans le résultat définitif, on n'aurait pas fait seulement le meilleur commentaire des lois actuelles; en les rattachant à toutes les traditions nationales, on leur aurait concilié le respect populaire qui est la plus sûre garantie de l'obéissance à leurs prescriptions, et on les aurait préservées contre d'inopportuns changements, en établissant, par des preuves irrécusables, que le législateur constate plutôt qu'il ne crée les institutions par lui promulguées. Nous n'avons certes pas la prétention d'avoir même essayé, pour l'élément romain, ce que nous voudrions voir accompli pour tous les éléments dont se compose le Code civil : notre but unique a été de montrer, d'une manière générale, que les travaux du plus grand jurisconsulte des temps modernes ne sauraient être sans influence sur les progrès ultérieurs de la science du droit, et que la publication d'un code, simple accident dans la série des développements juridiques, n'a pas plus de force pour clore irrévocablement le passé que pour enchaîner définitivement l'avenir.

(*Revue de Législation.*)

XLVI.

SUPPRESSION DE PIÈCES. — PREUVE.

Des difficultés qui peuvent s'élever quant à la preuve de la soustraction, destruction ou suppression d'un titre contenant obligation, disposition ou décharge d'une somme excédant* 150 *francs.

PAR M. GARNIER DUBOURGNEUF, DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT GÉNÉRAL A LA COUR ROYALE DE RIOM.

Le Code pénal s'occupe, dans plusieurs articles, de la soustraction, destruction ou suppression de pièces (1).

Comment la preuve peut-elle en être faite?

Tout crime ou délit suppose la préexistence d'un objet sur lequel il a été commis et que l'on nomme *le corps du délit*. Son existence est, dans toute affaire criminelle, le premier point à constater; si le prévenu la nie, on doit en faire la preuve. Ordinairement elle se fait, d'après le Code d'instruction criminelle, simultanément avec celle du crime ou délit, et de toute manière, notamment par

(1) V. art. 173, 254, 255, 256, 400, 405, 408, 409, 439, etc.

témoins. S'il s'agit d'un acte contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge pour une somme excédant 150 francs, il faut distinguer.

Vis-à-vis d'un tiers prévenu de la soustraction ou destruction, l'existence du titre, s'il la dénie, peut être établie de toute matière; il n'est pas à craindre que le plaignant se procure par la preuve testimoniale un titre dont la loi l'astreignait à rapporter la preuve par écrit. Ce n'est pas vis-à-vis de celui qui aurait figuré dans le titre que la preuve est faite; on ne saurait la lui opposer, et les articles 1341 et suiv. du Code civil ne sont pas applicables. Mais ils le deviennent quand celui de qui l'acte émane est poursuivi comme auteur ou complice; il y aura alors contestation sur l'existence d'un convention. Autrement les règles qu'ils prescrivent seraient facilement éludées, on s'adresserait à la juridiction criminelle pour obtenir ce qu'on ne pourrait demander devant un tribunal civil (1). En vain dirait-on qu'il s'agit ici d'un délit et que les délits peuvent être établis par toutes sortes de preuves; car le délit consiste dans la soustraction ou destruction qui peut bien être prouvée de toute manière, et non dans l'acte dont la preuve est subordonnée aux principes du droit civil (2).

Rappelons d'abord les principes établis par le Code civil.

En règle générale, il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toute chose excédant 150 francs, même pour dépôt volontaire (3), et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs (art. 1341). Cette règle reçoit cependant des exceptions; mais examinons d'abord si les tribunaux criminels, dans le cas où l'existence du titre dont la soustraction fait l'objet des poursuites dirigées devant eux est déniée, doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que les juges civils aient prononcé sur cette question (Carnot, C. pén., tom. I, p. 442; C. d'instr. crim., tom. I, p. 78), ou s'ils doivent rejeter ou autoriser la preuve testimoniale selon qu'elle leur paraît ou non admissible.

La compétence ne nous paraît pas douteuse. Il est de principe que les tribunaux criminels, chargés d'instruire et de prononcer sur les crimes et délits, ont essentiellement caractère pour statuer sur toutes les questions accessoires et les incidents qui s'y rattachent, lorsque ces questions ne sont pas exceptées par la loi de leur juridiction (4), quoiqu'ils fussent par leur institution incompétents pour prononcer sur ces mêmes questions de droit considérées indépendamment du fait criminel et d'une manière générique (arr. cass., 27 novembre 1812; Dalloz, v° *Compétence*, pag. 497; Merlin, *Rép.*, v° *Parricide*, § III).

Il faut une disposition formelle pour faire cesser l'application de ce principe; or le Code civil n'en renferme aucune relative-

---

(1) Arr. cass., 5 mai 1831, *Bull. crim.* 106, Dalloz 31, 1, 242. « Ce n'est donc point (disait M. l'avoc. gén. Joly de Fleury, dans un plaidoyer du 2 août 1706; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Suppression de pièces*, § 1) la voie civile ou criminelle que la partie a choisie qui décide pour appliquer l'ordonnance (de 1667, dont l'art. 2, tit. 20, était conçu dans les mêmes termes que l'art. 1341 Cod. civ.), ou pour s'en écarter. On peut poursuivre légitimement par la voie civile des délits dont la preuve par témoins peut être admissible; on ne peut introduire contre les règles par la voie criminelle une preuve indirecte d'un fait qui ne peut être prouvé par témoins; c'est la nature du fait dont on demande la preuve par témoins qui doit entièrement décider. »

(2) Arr. cass., 5 sept. 1812, 2 déc. 1813, 5 mai 1815, 5 avril 1817; Dalloz, v° *Obligation*, p. 739; Toullier, t. IX, n°s 145 et suiv.; Duranton, t. XIII, n° 312; Legraverend, t. I, ch. 1, sect. 2; Carnot, de l'*Inst. crim.*, t. I, p. 79, et *Comm. sur le Cod. pén.*, t. II, p. 336.

(3) V. art. 1923 et 1924, Dalloz, v° *Dépôt*, p. 81, n°s 7, 82 et suiv.; Carnot, t. I, p. 441; Bourguignon, *Jurisp. des Codes crim.*, t. III, p. 173, et Legraverend, t. I, ch. 1, sect. 2. — Ce dernier établit une distinction entre les *dépositaires volontaires* et les *dépositaires publics*, et prétend que *tous les genres de preuve* peuvent être employés pour démontrer la culpabilité de ceux-ci. M. Bourguignon combat cette opinion. La condition des comptables et des dépositaires serait périlleuse, dit-il avec raison, s'il suffisait d'alléguer soit un dépôt, soit un versement de fonds, pour prendre contre eux la voie criminelle.

(4) Ce qui a lieu lorsqu'il s'agit d'une question d'état (C. civ., art. 184, 185, 190, 326), ou d'une question de propriété (V. art. 12, tit. 9, loi du 15 sept. 1791, et, comme le dit M. Favard de Langlade, *plus de cent arrêts de la cour de cassation*). — Mais le tribunal ne cesse d'être compétent que s'il s'agit d'un droit *réel immobilier;* il peut juger l'exception si elle est appuyée sur un droit *purement mobilier*. V. arr. cass., 2 août 1822; Dalloz, v° *Question préjudicielle*, p. 496; et arr. cass., 23 juill. 1830, *Bull. crim.* 179; Dalloz, 301, 316. — Voici un de ses considérants qui vient à l'appui de ce que nous soutenons relativement à la compétence des tribunaux criminels : « Lorsque la question préjudicielle porte seulement sur une simple possession ou sur un droit de jouissance, que l'une et l'autre se résolvent en un résultat purement mobilier, *comme dans tous les cas où elle ne dépend que de l'interprétation d'un acte ou d'un contrat*, les tribunaux de répression doivent la juger en même temps que l'action dont ils sont saisis, etc. »

ment au cas qui nous occupe. Les art. 1341 et suiv. ne sont point attributifs de juridiction; mais ils établissent des règles communes à toutes les juridictions (arr. cass., 2 déc. 1813). La preuve du délit ne pouvant être séparée de celle de la convention, la compétence sur le délit qui donne lieu à l'action principale entraîne nécessairement la compétence sur le contrat, dont la dénégation n'est que l'exception à cette action. Les tribunaux criminels, appelés d'ailleurs à prononcer sur les intérêts civils des parties (C. d'instr. crim., art. 3, 193, 358, 359, 366; C. pén., art. 55), doivent avoir caractère pour juger le contrat auquel se rattachent ces mêmes intérêts (arr. cass., 25 mai 1816; Dalloz, v° *Compétence*, pag. 477). La compétence d'un tribunal ne peut dépendre de la forme établie pour la preuve de la demande. Si le contrat ne portait que sur une valeur de moins de 150 francs, la preuve testimoniale serait admise, et la juridiction criminelle compétente pourrait en connaître. Il en doit être de même lorsqu'à raison de la plus grande importance du contrat, la preuve ne peut être établie que par écrit. Les tribunaux criminels ont alors caractère pour décider qu'il y a lieu d'admettre ou de rejeter la preuve testimoniale sur le fait d'existence d'une convention; ils auraient même le droit, si la convention est par écrit, d'apprécier le sens et le caractère de l'acte produit (arr. cass., 3 déc. 1818; Dalloz, v° *Dépôt*; *Thémis*, tom. I, p. 221), seulement ils sont soumis aux mêmes règles que les tribunaux civils (1) (arr. cass., 5 mai 1831) : d'où l'on doit conclure qu'*il ne peut y avoir lieu à l'action criminelle que dans le cas où l'action civile permet la preuve testimoniale* (Merlin, *ubi suprà;* Toullier n° 146).

Nous nous sommes servi de cette expression *tribunaux criminels*, parce que ce qui précède s'applique aussi bien aux *crimes* qu'aux *simples délits*. Ainsi, lorsqu'en vertu de l'art. 64, C. d'instr. crim., une plainte en soustraction ou destruction d'un titre est transmise au juge d'instruction, il est premier juge de la question d'admissibilité de la preuve testimoniale; elle peut aussi être décidée, suivant les circonstances, par les chambres du conseil et d'accusation, les tribunaux correctionnels et d'appel de police correctionnelle, et enfin la cour de cassation. Elle ne peut pas se présenter devant les cours d'assises, parce que les arrêts de renvoi des chambres d'accusation des cours royales sont attributifs de juridiction, et que, hors les cas prévus par l'art. 296, C. d'instr. crim., ils ne peuvent être attaqués que par la voie du recours en cassation et seulement après l'arrêt définitif (art. 416).

Dans le cas où la fin de non-recevoir résultant de l'article 1341, Cod. civ., n'aurait pas été opposée dans la juridiction inférieure, pourrait-elle l'être devant la juridiction supérieure? Pour résoudre cette question, examinons d'abord les suivantes.

1° Les juges doivent-ils rejeter d'office la preuve testimoniale dans le cas où elle est défendue? Nous croyons, avec Toullier, que c'est un devoir pour eux de suppléer au silence du prévenu. *Il ne sera reçu aucune preuve par témoins*, porte l'art. 1341; or les parties ne font que la proposer au juge, qui l'admet ou la rejette. Duranton professe l'opinion contraire, tom. XIII, n° 328 : La loi, dit-il, a seulement voulu donner au défendeur une fin de non-recevoir; il est le maître de ne pas en user, *volenti non fit injuria;* le juge ne peut suppléer d'office la prescription (C. civil, 2227); il en doit être de même de cette fin de non-recevoir.

L'article 2223 nous semble produire une conséquence diamétralement opposée à celle que M. Duranton en a tirée. La prescription est de droit public, et c'est pourquoi l'on ne peut y renoncer d'avance : *jus publicum pactis privatorum mutari non potest.* La défense de recevoir la preuve testimoniale est également de droit public (Toullier, t. IX, n° 41; Gabriel, n° 139). Toutes les deux devraient donc être suppléées par les tribunaux, et la précaution que le législateur a prise dans l'art. 2223, qui en dispose autrement pour la prescription, en fait preuve. C'est ici le cas de dire, en voyant l'absence d'une disposition analogue à l'égard du principe établi par l'art. 1341, que *l'exception confirme la règle.* Il est dès lors évident qu'il est du devoir du ministère public, spécialement chargé près des tribunaux de *veiller à ce que les lois y soient exécutées*, de

(1) Legraverend n'est pas de cet avis : « Les tribunaux criminels, dit-il t. II, p. 40, ont un code particulier d'instruction. Les dispositions du Code de procédure civile doivent leur être étrangères, et il me paraît contraire à toutes les règles de les transformer en tribunaux civils. » Cependant il dit, t. I, p. 45, que « s'il y avait commencement de preuve par écrit du dépôt, les tribunaux de répression pourraient continuer l'instruction et passer outre au jugement dans la forme ordinaire, attendu qu'en pareil cas la preuve testimoniale serait admise même devant les tribunaux civils. » V. aussi Carnot, *Just. crim.*, t. I, p. 79.

s'opposer à ce qu'on fasse une preuve que le Code civil a formellement défendue.

2° La preuve testimoniale peut-elle, dans le cas où elle est prohibée, être admise, lorsque la partie intéressée déclare y consentir? Non. « Le consentement même exprès des deux parties, dit Toullier, ne saurait autoriser le juge à recevoir la preuve testimoniale contre la défense qui lui est personnellement adressée, parce qu'elles ne peuvent le dégager ni le dispenser de l'obéissance qu'il doit aux commandements de la loi. »

Il résulte de ce qui précède que la prohibition établie par la loi peut être invoquée en tout état de cause, et qu'en admettant même que le prévenu eût consenti implicitement à l'audition des témoins, il pourrait encore, en se fondant sur cette audition, obtenir la réformation et même la cassation de l'arrêt qui l'aurait condamné.

Revenons aux exceptions qu'admet le principe général de l'art. 1341, et recherchons celles qui se rattachent à la preuve des délits dont nous nous occupons.

Ces exceptions sont formulées dans les art. 1347 et 1348, C. civ. D'abord il s'agit du commencement de preuve par écrit; il peut être invoqué par celui qui se plaint d'une soustraction de titre; alors disparaît l'empêchement à la preuve testimoniale, apporté par l'art. 1341, même en matière criminelle. La pièce qui forme commencement de preuve étant produite, des témoins seront entendus sur l'existence du titre entre les mains du plaignant, et, ce fait une fois établi, la preuve du délit se fera suivant les règles ordinaires.

La loi admet une seconde exception en faveur du créancier auquel il a été impossible de se procurer la preuve littérale de l'obligation contractée envers lui, comme si l'obligation résultait des quasi-contrats, délits ou quasi-délits, des dépôts nécessaires, des conventions contractées en cas d'accidents imprévus, et enfin *lorsque le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure.*

Le délit de soustraction de pièces est évidemment prévu par ce dernier paragraphe de l'art. 1348. C'est le seul où la loi suppose qu'un titre a existé; dans les trois cas précédents les témoins ne sont admis que parce qu'on n'a pu passer aucun acte par écrit.

Le vol ou la violence restent naturellement dans les cas fortuits, imprévus, résultat d'une force majeure, dont parle le § 4. Mais cette exception à l'art. 1341 doit être régulièrement renfermée dans ses termes. Il ne suffira pas d'alléguer un cas fortuit, tel qu'un vol, pour que la preuve testimoniale devienne admissible *de plano*. Il faut que le titre ait disparu en vertu d'un accident certain, d'un fait connu qui serve de prémisse au fait inconnu, la perte du titre. Tel serait un incendie, un pillage. Ces faits, indépendants de l'existence du titre, une fois constatés, pourront servir de base à la preuve offerte (Gabriel, n° 144; Toullier, tom. IX, n°s 206 et suiv.). Il en est de même d'un vol commis avec effraction ou toute autre circonstance propre à le manifester. Ces indices établissent qu'un événement imprévu, résultat d'une force majeure, est arrivé, et si l'on prétend que *par suite de cet événement* un titre a disparu, il faut en outre qu'un rapport nécessaire existe entre le vol et cette disparition. Alors seulement le plaignant se trouve dans les prévisions du § 4 précité; de graves présomptions s'élèvent en sa faveur, l'impossibilité d'avoir conservé la preuve littérale est manifeste, et il sera permis de prouver par témoins que tel titre a été soustrait par celui qui y était partie. On conçoit de quelle circonspection doit user le juge instructeur, et par quel enchaînement de preuves il arrivera à ce fait principal dont tous les principes repousseraient la preuve si elle était offerte de prime abord.

S'il n'existe aucune trace du délit, si, par exemple, le plaignant allègue une extorsion exercée sur lui seul, et sans autre circonstance accessoire, l'exception du § 4 est-elle applicable? Nous ne le pensons pas; sans titre il n'y a pas d'extorsion possible; prouver l'extorsion, c'est donc prouver l'existence du titre, et la loi le défend.

En vain dira-t-on que la déposition des témoins constitue le délinquant débiteur quand il s'agit de soustraction d'effets mobiliers. C'est que leur existence est d'une constatation d'autant plus facile, qu'ils sont plus importants, et il n'en est pas de même d'un titre dont la valeur est indépendante de sa forme extérieure, qui n'a été ordinairement volé que pour être détruit; c'est que, quelque précieux que soit l'effet mobilier, rarement les conséquences de l'obligation qu'entraîne ce délit seront-elles aussi graves que celles auxquelles peut donner lieu un effet incorporel entre les mains d'un débiteur ou d'un créancier.

Mais l'art. 1353 permet au juge d'admettre des présomptions graves, précises, concordantes, toutes les fois que la preuve testimoniale est permise, pour suppléer sans doute aux dangers ou aux difficultés que celle-ci peut présenter.

Or, dans le cas qui nous occupe, il s'agit de prouver des faits préliminaires sur lesquels

des témoins ne peuvent être entendus : si des circonstances du délit, des faits qui l'ont précédé ou suivi, ressortent des présomptions de cette nature, capables de convaincre le juge qu'un événement de force majeure est arrivé, qu'un titre a été perdu, le vœu de la loi sera rempli et la preuve testimoniale sur le fait principal deviendra admissible.

(*Revue de Législation.*)

XLVII.

COURTES OBSERVATIONS SUR LE JUGEMENT DES DÉLITS DE LA PRESSE, PARTICULIÈREMENT EN MATIÈRE DE DIFFAMATION ENVERS LES FONCTIONNAIRES.

PAR M. CHASTEAU DU BREUIL, CONSEILLER A LA COUR ROYALE DE RIOM.

Avant la loi du 8 avril 1831, qui autorise la citation directe en cour d'assises pour répression de tout délit de presse, les délais donnés pour faire preuve, à l'encontre des fonctionnaires, des faits diffamatoires, partaient du jour de la signification de l'arrêt de renvoi (art. 21 de la loi du 26 mai 1819). En cas de citation directe, de quelle époque partiront ces mêmes délais? Il est rationnel de les faire partir du jour de la notification du premier réquisitoire du ministère public. Mais en matière pénale, où tout est de rigueur, il est fâcheux d'être obligé d'agir par voie d'induction et d'analogie.

Les art. 341 et 357 du Code d'instruction criminelle, par un sentiment de bienséance facile à concevoir, veulent que la déclaration du jury soit lue par le chef des jurés, hors la présence de l'accusé. Dans les cas ordinaires, comme l'accusé est sous la main de la justice, l'exécution de la loi est toujours possible. Mais en matière de délit de presse, où les prévenus ne sont jamais en état d'arrestation, le moyen de faire lire, par le chef du jury, sa déclaration hors la présence du prévenu? Comme président d'assises dans une affaire de cette nature, tout ce que j'ai cru devoir faire pour entrer, autant qu'il était en moi, dans l'intention du législateur, a été d'*inviter* les prévenus à quitter l'auditoire au moment où MM. les jurés y sont rentrés, et à les envoyer chercher par un huissier quand le chef du jury a eu fait connaître à la cour sa déclaration. Mais j'étais sans moyen coercitif, soit pour les faire sortir, soit pour les faire rentrer.

Récemment le gérant d'un journal et un habitant du Cantal avaient été cités directement par le procureur général devant la cour d'assises, comme prévenus de diffamation envers un maire du même département, auquel ils avaient, dans des lettres publiées par ce journal, imputé des faits de concussion.

Usant de la faculté que leur donne la loi, les prévenus avaient amené de nombreux témoins pour faire la preuve de ces faits; et le maire diffamé, qui, dans sa plainte, s'était rendu partie civile, en avait aussi amené de son côté, pour faire la preuve contraire et pour attester sa moralité.

Comme il n'y aurait pas eu de délit, si les faits de concussion avaient été prouvés, la question soumise au jury dut être et fut en effet celle-ci : *Les prévenus sont-ils coupables de calomnie envers M. le maire, pour lui avoir imputé des faits de concussion?* Les jurés, en annonçant que leur décision

avait été prise à *six voix contre six*, répondirent : *Non, les prévenus, en imputant à M. le maire des faits de concussion, ne l'ont pas calomnié.* Quoique le jury n'eût pas dû faire connaître le nombre précis des voix pour ou contre les prévenus, leur acquittement devenait une conséquence forcée de cette déclaration, puisqu'il n'y avait pas contre eux une majorité de sept voix. Mais voyez les conséquences bien étranges de la distribution de voix qui s'est rencontrée dans cette circonstance et qui pourra se rencontrer dans d'autres !

D'après la nature de la cause, les jurés n'avaient qu'à apprécier les résultats de la double enquête faite devant eux sur l'existence des faits imputés à la partie civile. La seule question qu'ils avaient à résoudre était donc en définitive celle-ci : *Est-il prouvé que M. le maire se soit rendu coupable des faits de concussion qu'on lui impute ?* Sur cette question, six voix ont répondu : *Oui*, et six voix ont répondu : *Non*. Or, si le *même* maire eût été traduit *directement*, par le ministère public, devant le *même* jury, comme accusé des *mêmes* faits de concussion, et qu'on eût produit contre lui les *mêmes* témoignages, il eût été *acquitté*, parce qu'il n'y aurait pas eu une majorité de sept voix pour le déclarer coupable. Et cependant l'acquittement des deux prévenus, par cela même que cet acquittement ne pouvait être fondé que sur la preuve acquise contre lui des faits de concussion, le déclare évidemment *concussionnaire*, et partant le condamne et le flétrit comme tel dans l'opinion publique. De sorte qu'ici six voix contre six voix font preuve contre lui : d'où suit la conséquence monstrueuse que la même déclaration du jury qui devait l'acquitter, le condamne. Ce résultat, qui déconcerte la justice et confond la raison, semble accuser la loi.

Quand le prévenu d'imputation de faits diffamatoires envers un fonctionnaire demande à faire la preuve de ces faits, il me paraît évident qu'alors il y a interversion des rôles : le prévenu devient *accusateur* et le fonctionnaire devient réellement *accusé*. Cela est si vrai que, dans l'affaire de diffamation qui m'a suggéré ces observations, je n'ai pu, à l'audience, interroger les témoins que sur les faits de concussion imputés au maire et sur sa participation plus ou moins directe à ces faits, c'est-à-dire que l'instruction s'est faite absolument comme si le maire eût été sur *le banc des accusés*. Or, comme nous étions en cour d'assises, où le jury ne peut reconnaître l'existence de faits criminels qu'à la majorité de sept voix, je ne vois pas pourquoi, dans ce cas, la loi n'exigerait pas la même majorité pour qu'on pût déclarer constants des *faits criminels* imputés à des agents de l'autorité; je ne vois pas pourquoi la garantie de cette majorité que la loi a cru devoir donner à tous les citoyens traduits *directement* en cour d'assises, la loi la refuserait, dans ce cas, à des fonctionnaires publics qui y sont traduits d'une manière *indirecte*, mais tout aussi *positive*.

Dans l'état de prévention si souvent injuste, où un effet outré du jeu de l'opposition de notre gouvernement représentatif place malheureusement les fonctionnaires, je croirais au contraire qu'il y a une nécessité plus grande encore de protéger le fonctionnaire diffamé, par la sauvegarde de cette majorité accordée à tous les citoyens. Avec cette disposition fâcheuse des esprits, c'est déjà une part suffisamment large faite à la liberté, d'avoir livré la vie publique de tous les fonctionnaires à la merci de toutes les enquêtes qui peuvent se faire en cour d'assises.

Si la loi, qui veut partout ailleurs, pour toute espèce de preuve et de décision, la majorité absolue des voix, a néanmoins voulu que la *preuve* des faits diffamatoires, fût *acquise* contre le fonctionnaire, devant le jury, alors que sur douze jurés, six seulement reconnaîtraient ces faits comme constants; s'il en est ainsi, et c'est ma crainte, il faut se hâter de redresser la loi; car ici elle heurte la raison, elle blesse l'égalité, elle a, comme l'injustice, deux poids et deux mesures.

Si l'égalité devant la loi doit exister pour tous, le fonctionnaire diffamé doit avoir le droit de dire, en présence des magistrats d'assises, à l'auteur des imputations dont il se plaint : Vous voulez faire *preuve* contre moi, *devant le jury*, de faits qui, s'ils étaient constants, me rendraient *criminel ;* dès lors les charges que vous allez produire, pour être concluantes, devront porter la conviction intime de ces faits dans l'âme de sept au moins de nos douze jurés. Car tout fait criminel, débattu en cour d'assises, dont l'existence n'est pas reconnue par cette majorité, n'est pas tenu pour *vrai* par la justice. Cette majorité, qui est maintenant en France la loi commune, vous la demandez au ministère public quand il vous accuse *devant le jury ;* je puis dès lors vous la demander à vous, puisque vous vous constituez, *devant le jury, mon accusateur*. La raison ne peut admettre qu'une preuve juridique doive, selon ses résultats contre vous ou contre moi, perdre ou conserver sa puissance, varier dans l'ordre constitutif de ses éléments et changer fondamentalement sa nature.

(*Revue de législation.*)

XLVIII.

DIFFAMATION. — ACQUITTEMENT. — DOMMAGES-INTÉRÊTS.

De la nécessité de poser une question distincte au jury, sur la suffisance de la preuve des faits diffamatoires allégués contre un fonctionnaire public.

PAR Mr E. LELONG, CONSEILLER A LA COUR ROYALE DE POITIERS.

Une question grave vient d'être agitée à l'occasion de l'arrêt rendu par la cour d'assises de Paris, dans l'affaire de MM. Parquin et Ducros. Elle se reproduira peut-être bientôt à l'occasion d'un procès célèbre dont la même cour vient d'être saisie par un fonctionnaire des plus haut placés. La presse, le barreau, la magistrature se sont émus : La presse cessera-t-elle de relever du jury seul? Devra-t-elle subir, comme un second degré de juridiction, devant la magistrature inamovible? Devrait-on, désormais, voir confondre la ligne de démarcation qui sépare les attributions du jury de celles du pouvoir judiciaire? Voudrait-on, par une jurisprudence coupable, anéantir les garanties constitutionnelles?

Établissons nettement les termes du débat.

L'art. 31 de la loi du 26 mai 1819 maintient, pour les délits de la presse, *les dispositions du Code d'instruction criminelle qui n'ont pas été abrogées par la présente loi.*

Ainsi doit rester applicable aux délits de la presse, l'article non abrogé du Code d'instruction criminelle qui donne aux cours d'assises, dans le cas d'*acquittement*, le pouvoir de statuer sur les dommages-intérêts réclamés par la partie civile. La jurisprudence s'est constamment prononcée en ce sens. (Voyez les arrêts des 27 février 1835 et 23 février 1837.)

On conçoit, en effet, que si le jury, par sa déclaration de non-culpabilité, a reconnu, par exemple, qu'il n'y avait pas intention de nuire, il reste encore le fait dommageable, sur lequel la cour peut baser une condamnation à des dommages-intérêts; et ce qui est vrai pour les délits ordinaires l'est encore pour les délits de la presse. Car la publication d'un écrit, alors qu'elle serait dépouillée de l'intention *de nuire, peut encore causer un dommage dont la réparation est due à celui qui l'a souffert.* (Motif de l'arrêt de cassation du 23 février 1837.)

Ainsi, contester, en cas d'acquittement, aux cours d'assises le pouvoir de statuer sur le préjudice causé par la publication d'un fait ou d'une opinion, alors même que cette publication aurait été innocentée par le jury, ce serait vouloir créer au profit de la presse un véritable privilége, une anomalie fâcheuse dans toute législation.

Pesons maintenant les objections. Elles se tirent de la nature si complexe de la question posée au jury, et dont la formule a été déterminée par l'art. 337 du Code d'instruction criminelle. La conviction du jury sur *la matérialité* du fait et sur *sa moralité* se manifeste par une seule réponse; mais est-ce *la moralité* ou *la matérialité* du fait qui a été déniée par le jury? Qui pourra saisir sa pensée?... Qu'après l'acquittement la cour veuille accorder des dommages-intérêts, ne courra-

t-elle pas le risque de se mettre en dissidenc avec le jury, qui peut avoir rejeté la matérialité même du fait? Ne sera-ce pas une révision du procès? Le pouvoir du jury ne sera-t-il pas subordonné à celui de la cour? Les juridictions ne seront-elles pas confondues?

Il est incontestable que le danger signalé est possible dans la rigueur des termes. Mais il faut tout aussitôt reconnaître que ce danger n'est pas spécial aux délits de la presse; dès lors on demande trop ou trop peu; c'est la loi commune qu'il faudrait réformer; car, après tout, le jury, ses pouvoirs, ses formes protectrices, ne sont pas le patrimoine privilégié des délinquants par la voie de la presse; et la loi qui rend ceux-ci justiciables du jury n'est pas plus impérative, plus inviolable que celle qui soumet les délits communs à la juridiction de ce même jury.

D'où viendrait donc cette nécessité subite de réformer notre code que nous avons vu fonctionner depuis bientôt trente années, avec l'assentiment unanime de tous les légistes, et lorsqu'au moment de la révision de 1832, il ne s'est pas élevé une seule plainte contre cette partie de notre procédure criminelle? Ignore-t-on que si, contrairement au code de brumaire, cette question a dû être posée au jury, cette décision a été longuement discutée au conseil d'État? l'on peut aussi consulter le rapport de M. Faure au corps législatif, et l'on y trouvera, fortement développés les motifs du changement apporté sur ce point au code de brumaire an IV. La multiplicité des questions jetait la confusion dans les esprits; et un jury, étonné de s'entendre demander si celui qui avait soustrait le bien d'autrui avait agi *dans l'intention de nuire,* répondait négativement, parce que apparemment l'accusé ne lui paraissait avoir eu d'autre but que de rendre sa position meilleure; et le même jury aurait déclaré cet accusé *coupable*. Alors la société était effrayée du scandale et du nombre des impunités; de sorte que la question serait de savoir s'il convient de changer une législation qui a pour elle le témoignage favorable de trente années d'expérience, et de lui substituer un mode de procéder dont, après une pratique de plusieurs années, les plus hautes capacités de l'époque avaient signalé les graves inconvénients.

D'ailleurs notre procédure criminelle, en ce qui concerne la position des questions, est calquée sur la législation de l'Angleterre et des États-Unis, pays où l'on ne contestera pas l'immense faveur des prérogatives du jury.

Mais enfin, la confusion des pouvoirs du jury et de ceux de la magistrature, quand il s'agit de condamner l'acquitté à des dommages-intérêts, est-elle bien à craindre? Est-il donc si difficile, pour des magistrats qui ont été attentifs aux débats, de discerner la pensée du jury? Si l'erreur est *possible* selon la rigueur des termes, l'est-elle en réalité? On peut le nier. Car, que penser de l'imperfection d'une loi qui ne se révèle tout à coup qu'après trente années d'une pratique journalière?

Attachons-nous donc à la nature même des choses et non à la superficie. Si la défense a cherché à innocenter l'intention de l'accusé, il faut que *la matérialité* du fait soit constante, car apparemment on ne justifie pas le vol, le meurtre par des généralités, par des théories, mais par les particularités du fait, par tout ce qui l'a précédé, suivi, accompagné. Or, qu'on veuille bien y réfléchir, dans ce cas l'aveu de *la matérialité du fait* et de *la participation* qu'y a prise l'accusé, devient la base nécessaire de toute discussion. Quel conflit peut alors s'élever entre le jury et la cour? quelle contradiction est à craindre entre le verdict d'acquittement et la condamnation aux dommages-intérêts qui reposera sur un fait avoué ou tellement constant qu'il sera indépendant de la déclaration du jury, aux yeux de la conscience publique.

Et ce qui est vrai pour les délits communs est encore plus évident pour les délits de la presse. Car le fait de la publication est toujours hors de contestation. L'écrit lui-même est toujours là sous les yeux des juges. — Le gérant responsable ou l'imprimeur sont, par une présomption légale, les auteurs de l'écrit; — ainsi le fait est toujours constant; — l'auteur est légalement connu; l'appréciation du préjudice appartient exclusivement à la cour. Sur quel point la cour et le jury peuvent-ils se trouver en contact et par suite en opposition? Il n'en est presque aucun. Seulement le jury, en déclarant le prévenu non coupable, aura innocenté soit l'écrit, soit les intentions de l'écrivain, la vindicte publique sera désarmée; mais il restera l'intérêt privé, qui n'est pas toujours justiciable du jury, et qui pourra demander la réparation du préjudice que lui aura causé une publication même reconnue innocente aux yeux de la loi pénale; car cette publication aura été bien certainement *un fait quelconque de l'homme,* selon l'expression si large de l'art. 1382 du Code civil, et dont le préjudice appartient à l'appréciation du pouvoir judiciaire.

Mais veut-on que devant le jury la défense n'ait contesté que l'existence même du fait dont l'immoralité d'ailleurs aurait été incontestable, il est évident que par son verdict négatif le jury aura implicitement décidé que ce fait n'a pas existé, ou que l'accusé n'en est pas l'auteur. — Vienne après l'acquittement une demande de dommages-intérêts de la part

de la partie civile, la cour, on est forcé de le reconnaître, ne pourrait l'accueillir qu'en se mettant en contradiction intellectuelle avec le jury, et cette contradiction serait autorisée par la loi; car les cours d'assises étant investies du droit de condamner *l'acquitté* à des dommages-intérêts, « la loi leur a nécessaire- » ment accordé le pouvoir de prononcer sur » le fait matériel dont la décision ne peut pas » être prise dans une déclaration de non-cul- » pabilité rendue par le jury d'une manière » vague et générale, et qui laisse incertaine » la question si le jury s'est décidé d'après la » moralité ou la matérialité du fait de l'accu- » sation. » (Motif d'un arrêt de cassation du 22 juillet 1813, rendu sur les conclusions de Merlin et sous la présidence du savant criminaliste Barris.)

En pesant les termes de cet arrêt, on verra, si l'on veut se tenir dans la sphère de l'absolu, qu'il est facile de sauver le principe de la souveraineté du jury, en disant que, nonobstant la marche des débats ou les efforts de la défense, rien ne prouve que le jury se soit décidé, d'après *la matérialité* du fait plutôt que d'après *sa moralité,* et que si le pouvoir judiciaire a consacré le fait pour en faire la base d'une condamnation à des dommages-intérêts, il y a présomption légale que le jury ne s'est prononcé que sur *la moralité* du même fait; ainsi toute confusion des pouvoirs disparaît....

Veut-on, au contraire, rentrer dans la région du vrai, où s'élaborent seulement les lois bonnes et durables, l'on dira que dans la pratique le jury et la cour se comprennent parfaitement; que l'un et l'autre de ces pouvoirs sont dévoués à leurs devoirs; qu'ils respectent, au profit de tous, les garanties qui naissent de la division des juridictions; qu'en général rien n'est plus facile que de se fixer sur *la matérialité* du fait, et que s'il pouvait s'élever dans l'esprit du magistrat le moindre doute sur la véritable interprétation à donner au verdict du jury, alors le refus des dommages-intérêts sauverait tous les principes et tranquilliserait toutes les consciences.

Nous en conviendrons cependant; en cette matière le maintien de la division des pouvoirs n'a d'autre garantie que la conscience et les lumières des magistrats; car sous le nom de dommages-intérêts, qui n'ont pas de limites fixées par la loi et dont le payement est assuré par la contrainte par corps, le pouvoir judiciaire pourrait, dans tous les cas, substituer une énorme pénalité à celle que le jury aurait repoussée!... mais quelle législation pourrait satisfaire l'humanité avec des juges incapables ou passionnés?.... *Optima lex qui minimùm arbitrio judicii reliquit,* a dit Bacon,.... mais quelle loi ne laisse pas quelque chose à l'arbitraire du juge?

Il se présente d'ailleurs ici une remarque importante et qui prouvera que pour remédier à la contradiction philosophiquement possible entre les décisions du jury et celles du pouvoir judiciaire, il ne suffirait pas de combiner de telle ou telle manière la position des questions devant le jury, mais qu'il faudrait encore reconstruire toutes les bases de notre législation. En effet, le citoyen qui se prétendra lésé par un délit de la presse pourra opter entre la juridiction civile et la juridiction criminelle, car la presse n'est justiciable du jury qu'en ce qui touche l'action publique. Cette option est autorisée par la loi de tous les temps, et de tous les pays. L'écrivain, le journaliste ne pourront donc décliner la compétence d'un tribunal saisi directement et à fins purement civiles. Que la partie plaignante obtienne la réparation demandée pour l'atteinte portée à son honneur, à sa considération, cette première décision n'aura pas satisfait à la vindicte publique, qui pourra à son tour appeler l'écrivain ou le journaliste devant la juridiction compétente; et cette double action serait rationnelle autant que légale, parce qu'une première discussion judiciaire aurait rendu le scandale plus affligeant. Or, que le jury rende un verdict d'acquittement, voilà donc une flagrante contradiction entre le jury et le pouvoir judiciaire, et cette contradiction est indépendante de toute position de questions; et elle est aussi sans remède, car on ne prétendra pas apparemment qu'il faudrait anéantir la décision des premiers juges.

Il est donc sage de ne plus se préoccuper d'un danger qui n'en serait un que si les magistrats n'avaient pas assez de sagacité pour discerner le motif déterminant du verdict du jury, et s'ils voulaient sciemment briser la barrière qui sépare deux juridictions, qu'on a divisées par les plus hautes raisons d'ordre public; d'un danger qui, si on l'éloignait des cours d'assises par la multiplicité des questions posées au jury, ne manquerait pas de se révéler de nouveau par les tribunaux civils; car si jamais les plaignants venaient à redouter le jury; si, dans des temps de préventions politiques, ils avaient à craindre une déclaration négative, même sur un fait évident, de la part d'un jury qui voudrait sauver une réparation pécuniaire à l'idole passagère de la fortune populaire; oh! alors le champ clos de la presse serait transporté dans le prétoire des tribunaux civils, et la presse deviendrait la première victime de ses exigences.

Dans la discussion qui précède nous n'avons

entendu parler que des délits de la presse en général ; il en est un qui appelle un examen tout particulier ; on a déjà nommé le délit de diffamation dirigée contre un fonctionnaire public. Ce n'est que par une combinaison de circonstances bien rares que les autres délits de la presse peuvent amener une partie civile devant le jury, dès que la diffamation envers les particuliers, est demeurée dans la compétence des tribunaux de police correctionnelle.

On sait que la preuve des faits imputés à un fonctionnaire *met l'auteur de l'imputation à l'abri de toute peine*. (Art. 20, loi du 26 mai 1819.)

En cette matière il importe d'examiner :

1° Quelle est la portée du verdict du jury;

2° Quelle est la conséquence de l'incertitude que laisse après lui un verdict d'acquittement ;

3° Si la cour peut, après le jury et avant d'accorder des dommages-intérêts, apprécier *la moralité* de l'écrit, ou la suffisance des preuves fournies par l'auteur de l'imputation diffamatoire ;

4° Si une question particulière posée sur la suffisance de la preuve des faits diffamatoires ne serait pas une heureuse innovation;

5° Si la position d'une telle question n'est pas autorisée par la loi.

I. Quelle est la portée du verdict du jury dans les procès de diffamation? S'il est affirmatif, aucune difficulté n'a lieu; la condamnation à des dommages-intérêts est en concordance parfaite avec la déclaration du jury. L'écrivain sera un diffamateur, le fonctionnaire public verra son honneur lavé de toute atteinte.

Si, au contraire, le verdict est négatif, il signifiera :

Ou que le prévenu n'est pas l'auteur de l'écrit,

Ou que l'écrit n'a pas été publié par son fait,

Ou que l'écrit n'a pas les caractères légaux de la diffamation,

Ou que le prévenu n'a pas eu l'intention de diffamer,

Ou enfin qu'il a rapporté la preuve des imputations par lui dirigées contre un fonctionnaire public.

Au milieu de tant d'éléments divers de la conviction du jury, qui pourra saisir sa pensée? Quand un fonctionnaire public est descendu dans l'arène judiciaire pour y défendre son honneur, ses intérêts les plus chers contre les attaques d'un écrivain, peut-il se contenter du vague et de la généralité d'un verdict ordinaire du jury ?

II. Quelle est la conséquence de l'incertitude que laisse après lui un verdict purement négatif du jury?... ne pourra-t-on pas soutenir que le prévenu a été déclaré non coupable, parce qu'il a fait la preuve des faits diffamatoires, et qu'ainsi le fonctionnaire public est, par exemple, un concussionnaire, un juge prévaricateur ! Qui ne comprend combien est poignante la seule possibilité de cette conséquence attachée au verdict purement négatif du jury? Et si cette conséquence n'est pas forcée, parce que le jury peut avoir innocenté seulement l'intention du prévenu, le fonctionnaire public en devra-t-il moins sortir du prétoire de la justice, le front humilié? Pourra-t-il même invoquer cette innocence légale qui s'attache aux malheureux échappés des bancs d'une cour d'assises? On lui répondrait par le doute impénétrable qui enveloppe le verdict du jury, doute qui laissera toujours murmurer autour de lui que la preuve des faits diffamatoires a été faite ; et, en effet, dans quel acte le fonctionnaire public puiserait-il un droit de démenti? Conçoit-on rien de plus intolérable? et le fonctionnaire public qu'on a déjà condamné à subir, seul, la preuve des faits diffamatoires, ne trouverait pas dans la législation aide et protection pour dissiper jusqu'au dernier nuage qui pourrait ternir son honneur ! !

D'un autre côté, si le verdict négatif du jury était fondé sur la suffisance de la preuve des faits diffamatoires, de quel droit le fonctionnaire public pourrait-il obtenir des dommages-intérêts? La loi dit bien que *tout fait quelconque* de l'homme qui cause un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Mais il en est tout autrement si ce fait constitue l'exercice d'un droit, et surtout l'accomplissement d'un devoir. Or la loi qui a autorisé contre le fonctionnaire public la preuve des faits diffamatoires, a consacré un droit constitutionnel bien précieux. Elle a donné à chaque citoyen un droit de contrôle, de surveillance sur ses magistrats : admirable institution, plus tutélaire que les jugements de l'Égypte, mais dont on peut abuser comme de toutes les institutions humaines. Qu'un citoyen, par un sentiment de devoir, de dévouement au bien public, ait à ses risques et périls, et par la voie de la presse, dénoncé au mépris public un fonctionnaire prévaricateur ; après la preuve faite, il sera acquitté par le jury. Bien certainement il aura causé un grand préjudice au fonctionnaire qu'il aura dénoncé. Peut-on supposer un instant que la cour ait *le droit* de prononcer une condamnation à des dommages-intérêts, en présence de ce texte de la loi : « La preuve des faits imputés met l'auteur de l'imputation *à l'abri de toute peine*? »

Or, maintenant, qu'on juge de la perplexité d'une cour d'assises en présence d'un verdict vague et général de non-culpabilité!

Si elle accorde des dommages-intérêts, elle proclame implicitement que la preuve des faits diffamatoires n'a pas été faite, elle imprime le stigmate du diffamateur sur le front d'un citoyen qui, peut-être, dans la pensée du jury, et, d'après son verdict, aura rempli un devoir civique en dénonçant un fonctionnaire prévaricateur.

Si, au contraire, la cour refuse des dommages-intérêts, elle fait tout aussitôt retomber sur la tête du fonctionnaire public un doute infamant; elle laisse le verdict du jury dans un vague désespérant; elle donne une arme de plus à la malignité publique, qui répétera que le jury n'a acquitté que parce que la preuve des faits diffamatoires a été jugée suffisante; et cependant le jury peut avoir acquitté à cause des bonnes intentions du prévenu, ou parce que la publication n'a pas eu lieu par son fait!! etc., etc...

III. Au moins la cour pourra-t-elle, après le jury, et avant d'accorder des dommages-intérêts, apprécier de nouveau *la moralité* de l'écrit, ou la suffisance des preuves fournies à l'appui de la diffamation?

La négative de cette question repose sur la saine appréciation des diverses attributions du jury et du pouvoir judiciaire.

Au jury seul il appartient de prononcer non-seulement sur *la moralité* des méfaits de la presse, mais encore sur *leur qualification*. Car quand la loi n'a pas déterminé de quelles circonstances résultent tels ou tels délits, il ne s'agit plus alors *de déduire une conséquence raisonnée de la loi, d'appliquer la loi;* les faits n'impliquent alors telle ou telle criminalité que d'après la conscience des hommes, et c'est *à la conscience du jury* à prononcer. Aussi la loi n'ayant pu énumérer toutes les imputations qui constitueraient une diffamation, on pose au jury une question non-seulement sur *la matérialité* de l'imputation, non-seulement sur *la moralité* en général, mais encore sur *sa qualification légale*. On ne demande pas au jury si le prévenu est *coupable* d'avoir publié tels faits, énoncé telle opinion, sauf à la cour à décider ensuite qu'il y a eu *diffamation;* mais on demande au jury, on doit lui demander à peine de nullité radicale, si le prévenu est *coupable* d'avoir *diffamé* en publiant, etc... Dans ce cas, le caractère légal, *la qualification* qui doit être attribuée au fait publié constitue *la moralité* même de ce fait, et appartient, à ce titre, exclusivement au jury.

Au contraire, pour les crimes nettement définis par la loi, on ne doit consulter le jury que sur les faits *matériels*, et sur *leur moralité* prise d'après les inspirations de la morale universelle, et ce serait commettre une nullité radicale que de poser une question sur *leur qualification*. Ainsi, on ne demande pas au jury si l'accusé est coupable d'avoir commis un crime de faux..., mais seulement s'il est *coupable* d'avoir fait tels ou tels actes, sauf à la cour à rapprocher du texte de la loi, les faits constants dans *leur matérialité* et *leur moralité*, et à prononcer sur *leur qualification.*

Tels sont les principes consacrant la véritable théorie, d'après laquelle on doit distinguer les attributions du jury et celles des cours d'assises. Il est superflu d'ajouter que ces principes ont été plusieurs fois consacrés par la cour régulatrice. (Arrêts des 11 décembre 1816, 2 octobre 1819, 2 décembre 1820.)

Désormais, il nous paraît démontré qu'une cour d'assises ne peut, après le jury, apprécier *la moralité* de l'écrit incriminé. Est-il besoin d'ajouter que la cour royale de Paris a méconnu les vrais principes en motivant, ainsi qu'elle l'a fait, l'arrêt par lequel elle a accordé des dommages-intérêts à MM. Parquin et Ducros? Elle ne devait point énoncer que « l'écrit contenait des *imputations injurieuses et imméritées* »; mais seulement que l'écrit était *préjudiciable*. Le préjudice causé était en effet, avec *la matérialité* de la publication, la seule base nécessaire à son arrêt, dès que l'on n'avait pas tenté de faire la preuve des faits diffamatoires. La cour de Paris a donc empiété sur les attributions du jury. Les prévenus ont eu une double juridiction à subir; il a été déclaré, par arrêt souverain, qu'*ils avaient injurié;* que l'injure était *imméritée;* la cour pouvait tout aussi bien ajouter que l'écrit était *diffamatoire,* la qualification légale eût été complète; et cependant le jury les avait acquittés! N'est-ce pas là un véritable attentat à la souveraineté du jury? n'a-t-on pas élevé le pouvoir judiciaire au-dessus du jury, comme si la cour devait être pour le jury un pouvoir réformateur?

Qu'on ne rétorque pas contre notre doctrine la première partie de notre discussion, où nous avons cherché à établir que la cour avait et devait avoir le droit de condamner à des dommages-intérêts le prévenu *acquitté* d'un délit de la presse. En réclamant pour la presse l'application du droit commun, nous n'avons entendu reconnaître à la cour que le droit de constater le préjudice résultant de l'écrit, nous n'y avons pas compris le droit d'apprécier de nouveau *la moralité* de l'écrit, au mépris des principes qui attribuent cette appréciation au jury seul. Que dirait-on, en

effet, de l'arrêt qui, après un verdict d'*acquittement*, condamnerait l'acquitté à des dommages-intérêts avec un pareil motif : « Attendu qu'il est constant que N. a *assassiné avec préméditation?..*» Que l'on cherche à se rendre compte de la différence qui se trouverait exister entre un pareil motif et celui de l'arrêt de la cour de Paris, et ce dernier arrêt sera jugé!!

Entre l'appréciation *du préjudice* seulement, et l'appréciation de *la moralité*, il y a toute la distance qui sépare la juridiction civile de la juridiction criminelle; il y a par conséquent une indépendance complète; et il n'y a pas danger de confusion dans les pouvoirs.

Nous avons hâte d'ajouter que la ligne de démarcation entre les deux juridictions est bien difficile à maintenir, ou plutôt qu'elle est impossible à respecter quand il y a délit de diffamation envers un fonctionnaire public, et que la preuve des faits diffamatoires a été essayée. Car dans ce cas, il ne suffit pas à la cour, pour accorder des dommages-intérêts, de constater *le fait matériel*, et *le préjudice* causé comme dans toutes les affaires criminelles, il faut de plus, et c'est là une particularité bien caractéristique pour les délits de diffamation envers les fonctionnaires publics, il faut, disons-nous, que la cour admette au moins implicitement, comme base de son arrêt, que les faits imputés n'ont pas été prouvés. Or l'appréciation de cette preuve appartient exclusivement au jury. Car cette preuve est un des éléments de *la moralité* de l'écrit; cette preuve faite ou à faire est un fait *justificatif*, et d'après les principes les plus constants de notre organisation judiciaire, le jury seul a le droit d'apprécier *les faits* d'*excuse*, d'*atténuation*, de *justification entière;* cela est plus vrai encore à l'égard des délits de la presse, dont les écarts ne relèvent que du jury.

Ainsi nous sommes arrivés à cette double conclusion, alternative, mais nécessaire.

Ou il faut interdire aux cours d'assises le droit d'accorder des dommages-intérêts dans les procès de diffamation envers des fonctionnaires publics, à l'égard desquels on a essayé de faire la preuve des faits diffamatoires, c'est-à-dire il faut mettre de plus les fonctionnaires hors du droit commun, et après avoir autorisé contre eux seuls la preuve des faits diffamatoires, il faut leur ôter encore tout l'espoir d'une juste réparation, et les abandonner, sans défense, aux injurieuses interprétations d'un verdict purement négatif d'un jury.

Ou il faut investir les cours d'assises du droit d'accorder des dommages-intérêts aux fonctionnaires, alors même que le prévenu de diffamation a pu être acquitté à cause de la suffisance de sa preuve; et alors seront renversés tous les principes sur les diverses attributions du jury et du pouvoir judiciaire.

IV. Une question spéciale posée au jury sur la suffisance de la preuve des faits diffamatoires, ne serait-elle pas une heureuse innovation?

Et, en effet, admettez la position de cette question, et alors tout se simplifie; et le jury, et les fonctionnaires, et les prévenus trouvent une garantie de la conservation de leurs droits.

Par exemple, que la preuve des faits diffamatoires, soit par le jury déclaré avoir été faite, et le fonctionnaire public ne pourra même plus songer à demander des dommages-intérêts. D'ailleurs le texte de la loi aura mis trop évidemment le prévenu *à l'abri de toute peine* pour qu'il y ait le moindre danger d'un conflit, qui ne pourrait naître que d'un doute sur le jugement que le jury a pu porter sur la suffisance des preuves.

Qu'on ne tire pas de la résolution affirmative de notre question spéciale, qu'il faudra à l'instant même prononcer une peine contre le fonctionnaire. La cour d'assises n'étant pas saisie, c'est au ministère public qui sera averti, qu'appartiendra, comme toujours, le droit de préparer la satisfaction due à la société qui se trouverait outragée, et si plus tard le fonctionnaire était acquitté, l'écrivain ne devrait pas pour cela être condamné comme diffamateur; seulement il y aurait deux vérités légales contraires, comme les décisions judiciaires en créent quelquefois, et la conscience publique choisirait entre les deux.

Sans doute aussi, la position de notre question devrait faire trembler les fonctionnaires qui n'auraient ambitionné que cette justification douteuse qui naît des mystères d'un verdict du jury. Mais apparemment les fonctionnaires qui se rendent plaignants appellent de tous leurs vœux le grand jour de la publicité sur tous leurs actes. S'ils avaient une autre pensée, heureux le gouvernement qui verrait ainsi châtier ses agents infidèles!

Et quelles garanties au contraire n'offrirait pas aux fonctionnaires publics ce mode de procéder? La question serait nettement posée entre l'écrivain et le fonctionnaire; il ne pourrait sortir du prétoire qu'un diffamateur ou un prévaricateur. Le jury, devant les yeux duquel on aura ainsi mis à nu son immense responsabilité, ne se laisserait pas aller à une indulgence qui ne serait plus de la faiblesse,

mais une atroce injustice, car son verdict d'acquittement au profit de l'un, deviendrait un verdict de condamnation morale contre l'autre; et les écrivains prenant en considération cette nouvelle position du jury, pourraient bien encore laisser échapper le cri d'une consciencieuse vérité, mais une animosité irréfléchie se tairait : la moralité et le repos public y gagneraient immensément.

Admettons en second lieu que la preuve des faits diffamatoires soit par le jury déclarée n'avoir pas été faite, il arrivera de deux choses l'une : ou sur la question principale, le prévenu aura été déclaré coupable; ou bien, il aura été déclaré non coupable.

Si le prévenu a été déclaré coupable, et la preuve des faits imputés jugée insuffisante, le prévenu pourra être condamné à des dommages-intérêts. Il n'y a dans cette première hypothèse aucun conflit possible entre les deux juridictions, ou du moins on rentre dans les circonstances ordinaires où la cour est toujours placée quand elle condamne à des dommages-intérêts après un verdict de culpabilité.

Si le prévenu a été déclaré *non coupable*, et si, en même temps, la preuve des faits diffamatoires est déclarée n'avoir pas été faite, d'abord, et ce sera déjà un grand avantage, on ne pourra plus équivoquer contre le fonctionnaire public; les mauvaises passions ne pourront plus s'agiter et répéter que les faits diffamatoires ont paru prouvés aux yeux du jury, et que c'est pour ce motif qu'il a rendu un verdict d'acquittement, tandis qu'il peut avoir seulement amnistié les intentions du prévenu, ou jugé que la publication n'avait pas eu lieu par son fait, etc., etc. Alors seulement le fonctionnaire public calomnié pourra marcher la tête haute et fort du jugement de ses pairs; il pourra se dire complétement justifié, s'il demande des dommages-intérêts, la cour lui en accordera d'autant plus facilement qu'elle n'aura plus à craindre de se mettre en opposition avec le jury sur l'appréciation de la preuve des faits diffamatoires. Dans cette seconde hypothèse, comme dans la première, il n'y aura plus de conflit à redouter. Ces deux pouvoirs pourront fonctionner avec facilité dans le cercle qui leur a été tracé par la loi; car la cour n'a plus qu'à constater, comme dans tous les cas, que *la matérialité du fait* et *le préjudice* causé. Nos lois nous suffisent, et le monument de notre législation criminelle est sauvé pour quelque temps encore du marteau des réformateurs. Il nous reste cependant une dernière question à examiner.

V. La position d'une question sur la suffisance de la preuve des faits diffamatoires serait-elle autorisée par notre législation actuelle?

Posons d'abord les principes. « Les dispositions de l'art. 337 du Code d'instruction criminelle sur le mode de poser les questions au jury ne sont pas prescrites à peine de nullité; elles ne sont que *réglementaires*. »

« Il suffit que le fait soit exposé dans les questions de manière à soumettre au jury, celui qui sert de base à l'accusation. »

« Le président n'est tenu de suivre aucune forme particulière pour la division dans la position des questions. »

Chacune de ces propositions est extraite de nombreux arrêts de la cour régulatrice. On peut en voir le développement notamment dans les arrêts des 2 et 29 avril 1831, 22 septembre 1831, 6 juillet 1832, 3 décembre 1836.

Ainsi, c'est un point accordé, la cour d'assises a le pouvoir le plus large pour déterminer la forme et le nombre des questions à poser au jury.

Il ne s'agit plus que de rechercher si la position de notre question serait désavouée par la raison; ce n'est que dans ce seul cas que la loi pourrait y mettre obstacle. D'abord nous avons suffisamment démontré l'utilité d'une pareille question, c'est avoir prouvé qu'elle était rationnelle. Or, nous l'avons déjà dit, sur ce point, ce qui est rationnel est légal (1).

Pesons néanmoins les objections. Une seule se présente à notre esprit. La position de cette question accessoire peut exposer le jury à des contradictions choquantes et empêcher l'application de la peine. Par exemple si le jury prononçait : Oui, le prévenu est coupable d'avoir diffamé... Oui, il a fait la preuve le...; que ferait alors la cour? Rien n'est plus simple. La cour devrait absoudre; et cette double déclaration n'aurait rien de contraire à la raison, à l'esprit de la loi......

(1) Dans son *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, M. *Chassan* avocat général à Colmar, professe une opinion analogue en la basant sur l'application de l'art. 339 du Code d'instr. crim. Il regarde *la preuve des faits diffamatoires* comme une sorte d'*excuse légale*, et conclut à ce que le jury soit d'abord et séparément consulté sur ce point. Voy. l'ouvrage cité tom. II, pag. 488 et suiv.

Car il faut remarquer son texte : « La preuve » des faits imputés met l'auteur de l'imputa- » tion à l'abri de toute peine. » La loi n'a pas dit, comme dans certains cas : *Il n'y a ni crime ni délit*, si la preuve des faits imputés a été faite. Et, en effet, celui qui a, par la voie d'un journal, dénoncé des faits de prévarication contre un fonctionnaire public, peut être coupable en ce sens qu'il n'aura pas agi par dévouement au bien public, mais par des motifs de vengeance ou d'intérêt personnel; il pouvait appeler sur le fonctionnaire la sévérité de ses supérieurs; il pouvait éviter ainsi un scandale toujours affligeant; enfin, cet individu pouvait être coupable selon la morale; il ne serait donc pas irrationnel de la part d'un jury de déclarer coupable le dénonciateur d'un *fait vrai*, lequel, à raison de la preuve qu'il a fournie des faits diffamatoires, devra être mis *à l'abri de toute peine*.

D'ailleurs, la cour de cassation a eu à s'expliquer sur des réponses du jury bien plus contradictoires au fond que celle que nous supposons. Ainsi, la loi (art. 64 du Code pénal) dit qu'*il n'y a ni crime ni délit*, lorsque le prévenu était en état de démence; c'est bien plus significatif que ces mots : « La » preuve des faits diffamatoires met l'auteur » de l'imputation à l'abri de toute peine. » Or un jury ayant prononcé que l'accusé était *coupable* d'avoir commis *volontairement* le crime, mais qu'*il était en démence*, la cour de casssation jugea que la double réponse du jury, si fondamentalement contradictoire, devait être entendue en ce sens que l'accusé était matériellement auteur du fait, mais qu'il n'y avait apporté qu'*une volonté* d'homme en démence, volonté exclusive de toute culpabilité légale. (Cass., 4 janv. 1817.)

Bien certainement, on jugera beaucoup moins pénible l'explication que nous avons donnée pour coordonner avec la raison, avec le texte de la loi, la double réponse, si légèrement contradictoire, que pourrait amener de la part du jury la position de question que nous proposons.

Admettons encore une autre combinaison de réponses. Le jury aura prononcé : Non, le prévenu n'est pas coupable d'avoir diffamé!... Non, il n'a pas fait la preuve des faits diffamatoires... Eh bien ! quoique le prévenu n'ait pas fait la preuve obligée, il peut avoir été jugé non coupable, à cause de la pureté de ses intentions... ou parce que les faits n'avaient pas les caractères légaux de la diffamation, etc..., et nous avons prouvé ailleurs combien cette double réponse négative, loin de créer des embarras, facilitait au contraire aux cours d'assises la condamnation de *l'acquitté* à des dommages-intérêts, en écartant la possibilité d'une confusion de pouvoirs.

Ainsi, d'après l'interprétation si large, donnée par la cour de cassation, à l'article 337 du Code d'instruction criminelle, toute position de question au jury est légale lorsqu'elle ne tend à soumettre au jury que des faits qui servent de base à l'accusation, ou ceux dont l'appréciation appartient au jury, d'après les règles de sa compétence. Or la preuve des faits diffamatoires n'est qu'une circonstance justificative, qu'un fait d'excuse, qui par exception *met à l'abri de toute peine*. L'examen de ces faits, leur constatation rentrent exclusivement dans les attributions du jury ; la position de notre question serait donc éminemment légale. Nous croyons avoir prouvé combien elle était nécessaire pour élever une barrière entre le jury et le pouvoir judiciaire. Elle produirait cet immense avantage, qu'en maintenant les délits de la presse dans le droit commun, elle sauverait tous les principes et ferait disparaître la nécessité d'une réforme dans notre procédure criminelle.

(*Revue de Législation*.)

XLIX.

DISSERTATION.

La surenchère du quart, telle qu'elle est réglée par le Code de procédure civile, au titre de la saisie immobilière, est-elle admissible dans les licitations judiciaires entre MAJEURS.

PAR ACHILLE MORIN, DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR DE CASSATION.

Deux voies principales et distinctes de surenchère, en vue d'intérêts différents qu'il fallait protéger, ont été ouvertes par la législation moderne :

L'une, pour les aliénations *volontaires* au profit des créanciers ayant un droit de suite, réglée par le Code civil, art. 2185, au chapitre du titre *des priviléges et hypothèques* qui détermine le *mode de purger ;*

L'autre, pour les ventes *forcées,* en faveur du propriétaire dépossédé, et par contre de tous ses créanciers, hypothécaires ou non, introduite et réglée par le Code de procédure civile, articles 710 et 711, au titre *de la saisie immobilière.*

Ces deux voies différentes ne sont pas également exorbitantes.

La première dérive, comme une conséquence nécessaire de notre régime hypothécaire, du *droit d'hypothèque,* dont le but est, pour le créancier, d'être payé sur le prix de vente de l'immeuble grevé; prix que le créancier doit rationnellement être admis à élever à ses risques et périls, s'il le croit inférieur, même sans fraude, à celui sur lequel il avait compté en acceptant le gage hypothécaire.

Ce droit de surenchère, quant aux aliénations consensuelles, n'est même pas nouveau, quoi qu'en aient dit quelques auteurs. L'édit de juin 1771, art. 9, admettait les créanciers hypothécaires à surenchérir, d'abord du dixième du prix des charges, dans le mois du dépôt fait pour obtenir des lettres de ratification, puis, après une première surenchère, du vingtième en sus, et ainsi de suite, réservant en définitive à l'acquéreur la faculté de conserver l'immeuble au prix proposé par la dernière surenchère. La loi de brumaire an VII, sur le *régime hypothécaire,* autorisait aussi, art. 31, tout créancier inscrit, au cas de vente *volontaire,* à surenchérir du dixième dans le mois de la notification à lui faite par l'acquéreur qui voulait purger.

Tel est le droit que le Code civil a consacré plutôt que créé, en réglant ses formes, délais et conditions. Les créanciers *inscrits* sont *seuls* admis à cette surenchère, parce qu'eux seuls ont intérêt à faire élever un prix de vente qui, entre l'acquéreur et le vendeur ou ses autres créanciers, est définitivement fixé. Le *minimum* est peu élevé, parce que le but de ces créanciers inscrits doit être moins d'acheter pour eux que de déterminer l'acquéreur ou tous autres à élever le prix. Un délai de quarante jours leur est accordé, parce qu'ils ne sont prévenus que par une notification qui peut les surprendre. Mais des formes et des justifications régulières leur sont imposées, ainsi que l'obligation de fournir caution, pour que l'acquéreur ne soit pas troublé inconsidérément.

L'autre surenchère est un droit *extraordinaire*, introduit par le Code de procédure actuel, dont le germe même ne se trouvait

ni dans la loi de brumaire an VII, *sur les expropriations forcées*, ni dans aucune des dispositions de la loi du 9 messidor an III, relatives à ces expropriations. On n'en peut trouver la source que dans l'ancienne jurisprudence, qui, n'admettant jamais l'action en rescision pour lésion dans les *adjudications par décret,* accueillait, dans l'intérêt du propriétaire dépossédé, une surenchère assez élevée, lorsqu'il apparaissait que l'adjudicataire avait employé des moyens *dolosifs* pour acheter à vil prix, ainsi que le rapporte Denizart (vº *Enchère,* nºs 14 et 15), en ces termes :

« Il ne faut pas confondre la *lésion* avec le *dol;* les surenchères s'admettent et se reçoivent quand il est prouvé que l'adjudicataire s'est ménagé l'adjudication par des *précautions artificieuses.* Dans une espèce où il était prouvé que le *poursuivant*, qui s'était fait adjuger une maison, louée 440 liv., moyennant 4,000 liv., avait, par des *pratiques sourdes*, éloigné les enchérisseurs, la cour, par arrêt rendu le 5 mars 1689, a admis la surenchère à la somme de 6,000 liv. dans les vingt-quatre heures de l'adjudication. »

C'est cette crainte de manœuvres artificieuses, de la part surtout du poursuivant, au préjudice du saisi et de ses créanciers ordinaires, bien plus que d'une lésion, que peuvent prévenir les créanciers inscrits (avec lesquels sont contradictoires toutes les formalités de l'expropriation), qui a fait établir la surenchère du quart, au profit de toute personne, sans caution, et sous la seule condition de la déclarer au greffe dans les huit jours, puis de la notifier aussitôt aux avoués en cause. Voilà le véritable motif de l'art. 710 C. proc. civ., ainsi que le remarque Troplong (*des Privilèges et hypothèques*, t. IV, nº 961) :

« Cet article introduit un *droit exorbitant :* il permet de détruire une adjudication définitive, faite avec toutes les garanties de publicité. Mais un motif puissant dominait le législateur. *Il est possible que des manœuvres aient été pratiquées pour écarter les enchérisseurs.* Le *saisi* n'a pas toujours les moyens de prévenir ces inconvénients, puisque la vente est *forcée. Il fallait donc* que toute personne pût, dans ce cas, faire tomber l'adjudication définitive, en faisant une surenchère du quart. »

Telle est la principale ligne de démarcation entre ces deux surenchères.

Différentes par leur origine, leurs motifs et leur but, leurs formes, délais et conditions de capacité, ces deux voies résolutoires ne peuvent être employées *indistinctement* l'une pour l'autre, en ce sens que lorsque l'une est ouverte par la loi pour telle vente, l'autre ne peut y être arbitrairement substituée. On peut même poser en principe qu'elles ne sauraient *concourir simultanément*, à moins que, dans un cas exceptionnel, quelque texte spécial n'ait ouvert les deux voies, une seule ne satisfaisant pas tous les intérêts qu'il fallait protéger.

Cela est hors de toute controverse quant aux deux classes principales d'aliénations : pour les aliénations purement consensuelles, parce que les créanciers, qui seuls peuvent avoir intérêt à surenchérir, ont toutes les garanties désirables dans les règles du Code civil sur la purge ; pour les adjudications sur saisie immobilière, parce que la surenchère du quart étant permise à toute personne, y compris les créanciers qui sont appelés à l'adjudication, la loi a dû poser en principe que l'expropriation purgerait de plein droit les hypothèques soumises à inscription, ce qui exclut l'application de l'art. 2185, C. civ.

La question s'élève à l'égard des ventes ou licitations qui se font en justice, quoiqu'il n'y ait pas saisie immobilière, pour cause d'incapacité ou d'indivision, suivant des formes spécialement réglées par le Code de procédure.

Quelques auteurs avaient pensé, dans le principe, que ces aliénations n'étaient passibles ni de la surenchère du Code civil, n'étant pas faites par contrat, ni de celle du Code de procédure, n'étant pas le résultat d'une saisie immobilière. Cette opinion a été abandonnée, et la difficulté est aujourd'hui de savoir si elles comportent, soit exclusivement la surenchère de l'article 2185, soit concurremment ou exclusivement celle de l'article 710.

Un premier principe doit servir de guide : c'est qu'une aliénation qui n'est point la suite d'une expropriation forcée ne perd pas son caractère d'aliénation volontaire par cela seul qu'elle est faite avec le concours de la justice, dont la juridiction en pareil cas est plutôt gracieuse ou volontaire que contentieuse ; que les *adjudications volontaires* ne purgent pas par elles seules, les créanciers n'y étant pas personnellement appelés ; qu'ainsi elles comportent par leur nature et leurs formes l'application de l'art. 2185, où est la règle pour toutes les aliénations qu'il faut transcrire et notifier.

C'est ce que dit assez clairement l'art. 775, C. proc. civ., qui, en cas d'aliénation *autre que par expropriation,* ne permet d'ouvrir l'ordre pour la distribution du prix qu'après les délais de purge fixés par les art. 2185 et 2194, C. civ. ; d'où la conséquence qu'il y

a lieu à purge et partant à surenchère au profit des créanciers inscrits.

Le caractère légal et les effets de ces aliénations ont été exprimés plus nettement encore par le tribunat, sur l'art. 775 (Locré, *Esprit du Code de procédure*, t. III, p. 366) : « Il doit en être de même (on doit purger) lors des ventes faites d'autorité de justice, autrement que sur expropriation forcée. Toutes ces ventes sont *regardées comme volontaires*, et doivent être soumises aux *mêmes chances que les vraies ventes volontaires*. »

Ce premier point est aujourd'hui reconnu par tous les auteurs; entre autres : Tarrible (Répertoire de Merlin, v° *Transcription*, § 3, n° 7) : « Toute vente à laquelle ne sont » pas appelés les créanciers est à leur égard » *vente volontaire*, et comme telle soumise » aux règles prescrites pour la purgation des » hypothèques; » Favard (Rép., v° *Surenchère*) : « *Toute autre aliénation* (que » celle sur saisie immobilière) *est réputée* » *volontaire;* » M. Grenier (*Traité des hypothèques*, t. II, n° 336) : Ces transmis» sions ont tous les caractères des *ventes volontaires*, abstraction faite seulement des » formes; » Troplong (*des hypothèques*, » t. IV, n° 909) : « L'adjudicataire est sou» mis au purgement, comme si la vente eût été » *purement conventionnelle*. »

Si donc ces aliénations, quoique faites avec le concours de la justice, sont généralement réputées volontaires, et, comme telles, demeurent régies par les règles du Code civil sur la purge, pourquoi le Code de procédure leur aurait-il appliqué en outre la surenchère introduite pour les expropriations, qui purgent par elles-mêmes? Une pareille innovation, sans exception aucune pour celles de ces aliénations qui s'éloignent le plus des ventes forcées, serait difficile à justifier, et il faudrait du moins qu'elle eût été proclamée par un texte bien formel.

La seule disposition du Code de procédure où on ait pu apercevoir l'expression d'un droit aussi exorbitant pour les aliénations dont il s'agit, est l'art. 965, au titre *de la vente des biens immeubles*, auquel titre renvoient plusieurs articles concernant les partages et licitations, les successions bénéficiaires, les successions vacantes, etc.

On sait la controverse qui a eu lieu et existe encore sur la portée du mot *suites*, dans cet art. 965, ainsi conçu : « Seront observées, au surplus, relativement à la réception des enchères à la forme de l'adjudication et *à ses suites*, les dispositions contenues dans les art. 707 et suivants du titre *de la saisie immobilière*. » Ce renvoi aux art. 707 et suivants comprend-il l'art. 710, qui a créé un droit de surenchère au profit de toute personne, dans les ventes forcées? Le pronom possessif *ses* se rapporte-t-il à l'adjudication ou seulement à la forme de l'adjudication? Le droit de surenchère de l'art. 710, qui n'est pas assurément une forme, est-il du moins une des *suites* dont l'art. 965 prescrit l'observation?

La discussion sur ce point est épuisée, et on doit se borner ici à rappeler les explications qui émanent des plus graves autorités.

M. Pigeau, un des rédacteurs du Code de procédure, qui peut mieux que personne faire connaître le sens intentionnel de l'article 965, s'exprime ainsi (t. II, p. 438, n° 11, et 481, n° 19) :

» Les *suites* dont on entend parler ici sont les suites *de la forme de l'adjudication*, et non *la suite de l'adjudication*. D'ailleurs la surenchère, quoiqu'elle ne puisse être faite qu'après l'adjudication, n'en est pas une suite, mais *seulement un incident*, puisqu'elle peut n'avoir pas lieu... Enfin la surenchère étant un *droit exorbitant*, elle ne peut être étendue aux autres ventes que celles sur saisie, qu'autant qu'il y a une disposition claire et précise, ce qui ne se rencontre pas ici. »

M. Grenier (*Traité des hypothèques*, t. II, p. 180) nie également que l'art. 965, renvoie à l'art. 710 :

« On voit en effet, dit-il, dans les art. 707, 708 et 709 les trois choses qui seules étaient l'objet du renvoi fait par l'art. 965. *La réception des enchères?* On la trouve avec ses formes dans l'art. 707. *La forme de l'adjudication ?* Elle est dans l'art. 708. *Les suites de l'adjudication* (peut-être pourrait-on dire *les suites de la forme de l'adjudication*)? On les voit dans l'art. 709. Mais quel est l'objet de l'art. 710? C'est la faculté d'enchérir d'un quart après l'adjudication. Or cette enchère est toute autre chose que l'adjudication; elle est *hors de l'adjudication*, puisqu'elle tend à la révoquer. Ainsi disparaît toute relation entre les formes indiquées par l'art. 965 et l'enchère admise par l'art. 710, qui n'est *ni réception d'enchères, ni adjudication, ni suite d'adjudication;* qui est un acte particulier formant un nouvel ordre de choses. »

Ajoutons, pour ceux qui veulent étendre le renvoi de l'art. 965, au delà de l'art. 709, que si l'art. 965 a songé à d'autres *suites* qu'à celles énoncées dans cet art. 709, ce serait nécessairement à celles qui font l'objet des art. 714, 715 et 716; ce qui expliquerait ce renvoi général aux art. 707 et *suivants*, dont on n'aura pas songé à excepter les articles intermédiaires qui ne se rapporteraient pas aux trois objets pour lesquels avait lieu le renvoi.

Carré (*Lois de la procédure*, t. III, n° 3181) donne la substance d'une consultation délibérée entre lui et Toullier, Lesbaupin et Vatar, et rédigée *après mûre discussion*, dit-il. — Après avoir établi que ces ventes sont soumises aux formalités de purge réglées par l'art. 2185, il fait remarquer que les *formes* de la vente ne doivent avoir aucune influence sur les principes concernant les *droits* qui en dérivent, d'où il conclut que la surenchère du dixième, rationnellement, doit *seule* être admise; puis il arrive à l'explication de l'art. 965, fait remarquer que, *lors de la discussion au conseil d'État, il ne fut, en aucune manière, question de surenchère relativement aux adjudications volontaires;* il explique, par les observations du Tribunat, que la rédaction dernière de l'article n'a eu en vue que les *formalités*, ce qui ne peut s'entendre d'un *droit* tel que celui de surenchère accordé à des tiers, et il soutient avec ses coconsultants que le mot *suites* ne saurait s'appliquer à la surenchère, qui peut être une suite de l'adjudication, en ce qu'elle n'a lieu qu'après elle, mais qui n'en est pas une suite *nécessaire*.

C'est aussi dans ce sens qu'a été interprété l'art. 965, par un grand nombre d'arrêts, un notamment de cassation, du 16 novembre 1819.

Et en effet, indépendamment de ce que le droit exorbitant de surenchère au profit de tous ne se concevrait guère dans toutes les ventes judiciaires en général, la rédaction de l'article 965, loin de l'établir, paraît au contraire l'exclure par ses deux premiers mots, qui révèlent le but du législateur.

« Seront *observées*, » dit l'article. Cette expression peut convenir à des *formalités* que la loi veut rappeler; mais ce n'est pas ainsi qu'on *crée un droit*, et surtout un droit extraordinaire comme la faculté accordée à *toute personne*, sans distinction ni exception, de venir rompre un contrat judiciaire. La pensée première de la loi, déjà assez claire, devient encore plus manifeste, par les expressions suivantes qui limitent le renvoi, pour ce qu'il faudra *observer*, à ce qui est exclusivement relatif à la *réception des enchères*, à la *forme de l'adjudication* et aux *suites* naturelles, soit des formalités, soit de l'adjudication.

Et qu'on ne dise pas que la surenchère du quart est simplement un *moyen de parvenir* à la vente, laquelle n'est définitive qu'après le délai de huitaine. C'est supposer que le droit de surenchère du quart, qui certes n'est pas de droit naturel, *était déjà créé* pour les adjudications volontaires, ce qui n'était pas assurément lorsqu'a été employée cette locution première *seront observées*.

Au surplus, quelle que soit, dans l'art. 965, la portée du mot *suites* sur lequel on a tant équivoqué, il nous suffira de démontrer que les *licitations entre majeurs* sont, par leur nature et par les textes qui les concernent, en dehors des prévisions quelconques de cet art. 965. Ainsi se trouvera détruit par sa base le système que nous combattons.

Par quels motifs et dans quel intérêt le Code de procédure aurait-il compris les licitations entre majeurs dans la disposition de l'art. 965, qui, dit-on, autorise la surenchère du quart pour les ventes auxquelles s'applique cet article?

Peut-on apercevoir ici soit les caractères d'une expropriation, soit le *motif*, tiré de la crainte de *manœuvres* préjudiciables, qui a fait introduire cette surenchère au profit de toute personne pour les saisies immobilières?

Nous concevons qu'on ait pu, au cas de vente de biens de *failli*, trouver ce motif d'admettre la surenchère de l'art. 710, parce que le failli est dépouillé par tous ses créanciers du droit d'aliéner à son gré, autant et plus encore que le saisi, qui, lui, pourrait vendre personnellement sauf payement des seules créances inscrites; parce que la vente est *forcée* pour le failli et constitue une véritable expropriation; parce qu'enfin, n'étant pas admis à enchérir personnellement, il ne dépend pas de lui d'élever le prix de vente à la valeur véritable de l'immeuble. Et encore, malgré la puissance de ces motifs, a-t-il fallu une disposition de loi pour ouvrir, en pareil cas, la surenchère au profit de tous, à des conditions d'ailleurs, qui diffèrent de celles de l'art. 710. (*L. des faillites,* du 28 mai 1838, art. 573.)

Nous admettons également que le motif déterminant de l'art. 710, C. proc. civ. puisse se rencontrer dans les ventes ou licitations de biens appartenant en tout ou partie à des *mineurs*, *interdits* ou *absents*, parce que ces ventes ou licitations sont *forcées* à leur égard, non-seulement quant aux formes qui leur sont imposées, mais quant à l'aliénation qui ne devient permise qu'en ce qu'il y a une nécessité de droit; parce que leur incapacité les empêche d'enchérir, de débattre le prix, de prévenir les manœuvres artificieuses de leurs copropriétaires majeurs ou de tous autres enchérisseurs; parce qu'enfin, si la surenchère au profit de tous n'était pas admise, les mineurs pourraient être dépouillés à vil prix, sans remède aucun, lorsqu'il n'y aurait pas lieu à la surenchère du Code civil, à défaut de purge ou de créanciers inscrits. Ces motifs sont puissants, indépendamment

de tout texte spécial, qui même n'est pas rigoureusement nécessaire dès qu'il est reconnu que l'aliénation est *forcée* pour les mineurs. C'est ici que l'on peut dire, avec la cour de Lyon, que la loi a dû accorder sa protection toute particulière aux vendeurs ou colicitants. Et, cependant la doctrine et la jurisprudence ne s'accordent pas généralement à admettre ici la surenchère de l'art. 710; tant il est vrai qu'il faut une disposition de loi bien formelle ou des principes décisifs bien constants pour autoriser une voie résolutoire aussi exorbitante.

Nous concevons encore qu'il puisse y avoir doute relativement aux ventes de biens de *succession bénéficiaire* ou de *succession vacante*, parce que là aussi le propriétaire ne vend pas lui-même, parce que l'intérêt de l'héritier inconnu a besoin de garanties, qui ne seraient pas complètes sans la prolongation des enchères; parce qu'enfin l'aliénation est *forcée*, non pas seulement quant aux formes, qu'il n'est pas permis d'éluder ou modifier, mais encore quant à l'aliénation même, qui est imposée au curateur de la succession (art. 1000), aussi bien qu'à l'héritier bénéficiaire (art. 987), si le mobilier ne suffit pas au payement des dettes. Et pourtant la plupart des auteurs et des arrêts repoussent la surenchère du quart en pareil cas, à défaut de disposition de loi autre que l'art. 965, les formes de la purge et le droit de surenchère du Code civil paraissant d'ailleurs une garantie suffisante.

Mais lorsque les cohéritiers ou communistes qui veulent vendre ou liciter sont tous *majeurs, présents et maîtres de leurs droits*, le doute même est-il permis? N'y a-t-il pas entre ce cas et les précédents une différence immense, justifiant la distinction que la cour de Lyon méconnaît seule?

La *vente* par ces cohéritiers ou communistes n'est jamais *forcée*, tant qu'il n'y a pas saisie par un créancier de la succession ou du précédent propriétaire. La *licitation* n'est pas davantage une *expropriation* dans le sens légal du mot, par cela que les copropriétaires ne sont pas tenus de rester dans l'indivision, car ce n'est là qu'une condition préexistante de l'acquisition en commun par contrat ou par succession; ni par cela que leurs créanciers personnels peuvent la demander ou y intervenir, car les communistes peuvent opter pour un partage ou liciter entre eux seuls. Les formes judiciaires ne sont pas imposées, mais seulement *proposées* à ces copropriétaires, qui peuvent les repousser ou les adopter, modifier et abandonner à leur gré; ce n'est à vrai dire qu'un mode que la loi leur indique pour le cas où ils n'en trouveraient pas de plus convenable. S'ils préfèrent les formes judiciaires, ce sont eux qui poursuivent la vente ou licitation; ils sont présents à tous les actes de la procédure, ils admettent ou excluent les étrangers comme ils l'entendent, ils fixent la mise à prix ou la font fixer par une expertise ou par un jugement, ils règlent eux-mêmes les clauses et conditions de la vente ou licitation, ou les laissent régler par le tribunal s'ils ne sont pas d'accord, ils sont admis les premiers à enchérir, le prix est conséquemment débattu par eux, aucune manœuvre artificieuse ne peut les dépouiller à vil prix; le dernier enchérisseur ne devient adjudicataire que de leur consentement. Par quel motif, dans quel intérêt autoriserait-on ici la rupture, au profit de toute personne, d'un contrat judiciaire formé avec toutes les garanties possibles, avec le consentement même des vendeurs ou colicitants?

Il y a, dit-on, *lésion* prouvée par la surenchère. Mais la seule circonstance de la lésion, sans fraude aucune, n'a jamais été une cause de résolution des ventes judiciaires, en raison de la publicité qui les entoure. Ce n'est même pas là qu'est le motif déterminant de l'art. 710, mais dans la présomption de manœuvres employées par l'adjudicataire en l'absence du propriétaire, ce qui n'est pas supposable ici.

Quel est donc l'intérêt qui exige une protection toute particulière, un surcroît de garanties et de faveurs?

Celui des *vendeurs ou colicitants?* mais la loi doit-elle s'en occuper après un consentement donné par eux en toute liberté, dans les formes les plus solennelles? est-il même de l'intérêt bien entendu des cohéritiers ou communistes qui veulent vendre ou liciter en justice, d'admettre en principe que l'adjudicataire pourra être dépouillé par toute personne qui voudra surenchérir pendant huit jours encore? Ne voit-on pas que ce serait éloigner de l'adjudication les enchérisseurs, et partant restreindre les avantages que les copropriétaires espèrent trouver dans les formes judiciaires.

D'ailleurs, si la vente est *volontaire*, et cela est admis par la presque unanimité des auteurs et des cours et tribunaux, le prix n'est-il pas *définitivement fixé entre les vendeurs et l'acquéreur?* Celui-ci, en cas d'éviction par une surenchère quelconque, n'aurait-il pas une action personnelle en dommages-intérêts contre le vendeur?

L'intérêt des *créanciers?* mais ils ont déjà toutes les garanties nécessaires.

Les *créanciers hypothécaires de la succession ou du précédent propriétaire*, indépendamment du privilége de séparation

de patrimoines, ont le droit de surenchère du Code civil, et, à défaut de purge, ils auront contre le dernier propriétaire, quel qu'il soit, l'action en payement intégral ou en délaissement à l'effet de faire revendre. (2174 et 2187.)

Les *créanciers personnels des cohéritiers ou communistes* ont le droit d'intervenir au partage ou à la licitation, pour prévenir toute espèce de fraude ou s'en faire un moyen de nullité s'il y en avait eu malgré eux. Ils ont la faculté d'enchérir au moment de l'adjudication, de provoquer des enchères plus élevées, de débattre le prix, en quelque sorte, et sont dès lors mal venus à soutenir que l'immeuble vaut plus que le prix d'adjudication. Pourquoi la loi s'inquiéterait-elle encore de leur intérêt lorsqu'elle leur a donné déjà tous les moyens de le conserver et qu'il n'a pu être compromis, s'il l'a été, que par leur faute personnelle, que par leur fait, calculé ou non?

A qui d'ailleurs le droit de surenchère serait-il encore accordé ici?

Aux *colicitants?* mais ils étaient présents aux enchères, ils pouvaient enchérir, ils l'ont fait sans doute; l'immeuble n'a été adjugé que lorsqu'ils ont trouvé assez élevé le prix offert par le dernier enchérisseur; il y a contrat irrévocable pour eux; une fin de non-recevoir les repousserait invinciblement s'ils voulaient, par une surenchère venant d'eux, provoquer une nouvelle mise aux enchères.

Aux *étrangers?* ils pouvaient être écartés même des enchères; s'ils y ont été admis, c'est un droit qui leur a été conféré, et dont ils ont pu user jusqu'à l'adjudication prononcée. Ce droit, qu'ils tenaient de la volonté des colicitants, ils l'ont épuisé. La surenchère qu'ils viendraient tenter après l'adjudication pourrait assurément être repoussée par les colicitants, qui n'ont pas abdiqué le droit de refuser la prolongation des enchères. L'adjudicataire ne représente-t-il pas ses vendeurs? Ceux-ci peuvent-ils bien compromettre ses droits en acceptant ou ne contestant pas une enchère tardive?

Aux *créanciers de la succession ou communauté?* Ils sont étrangers à la vente ou licitation provoquée par l'héritier ou communiste, laquelle ne peut compromettre leurs intérêts, garantis par le Code civil.

Aux *créanciers personnels* des colicitants? Pourquoi?

« Ils auront, dit-on, le droit de surenchérir du dixième lors de la purge, et ils en useront assurément, puisqu'une surenchère du quart dans les huit jours ne les a pas arrêtés. La résistance de l'acquéreur, pour qui n'ont pas été établies les différentes enchères, qui est sans intérêt dans la question, n'est donc qu'une mauvaise chicane. »

Il y a là une erreur capitale.

D'abord l'acquéreur est le premier intéressé, puisqu'ayant acheté il a voulu sans doute devenir et demeurer propriétaire. Et son intérêt, son *droit*, bien plus, qu'on oublie de considérer aussi, est de contester toute surenchère insolite ou irrégulière, qui tend à le dépouiller indûment; sans qu'il faille anticiper sur les difficultés qui pourront plus tard survenir peut-être.

Quant aux créanciers personnels, leur droit n'est pas tel qu'on le suppose pour essayer de justifier une surenchère qui ne serait que prématurée. « Il ne serait pas difficile, dit Persil (*Traité des hypothèques*, t. II, p. 346), de démontrer qu'ils ne sont, à l'égard des immeubles licités, que de simples étrangers, incapables d'acquérir des hypothèques ou des priviléges sur ces immeubles, avant qu'ils soient partagés; qu'ils ne peuvent que demander d'être présents à la licitation, ce qui démontre qu'ils sont encore *non recevables à surenchérir*. »

En effet, au cas d'indivision, *aucun* créancier du cohéritier ou communiste ne peut *exproprier* la part de son débiteur avant le partage ou la licitation. Telle est la disposition de l'art. 2205 du C. civ., au chapitre de *l'expropriation forcée*, qui se sert de l'expression *mettre en vente* comme synonyme de *saisir*, parce qu'alors les formes de la saisie immobilière étaient réglées par la loi de brumaire, dans le système de laquelle, l'affiche valant saisie, le créancier débutait par la mise en vente de l'immeuble. (Tarrible *Rép.* de Merlin, v° *Saisie immobilière*, § 3; Pigeau, t. II, p. 211 et 126; Persil, t. II, p. 195; Berriat-Saint-Prix, p. 572, note 23, et p. 573.)

Ces auteurs pensent même que les premiers actes de saisie faits par un créancier personnel du copropriétaire seraient *nuls*, comme prématurés ou inopportuns; d'où il résulterait que les créanciers personnels sont de véritables étrangers jusqu'après le partage, sauf leur droit d'initiative ou d'intervention.

Quoi qu'il en soit de cette question controversée, toujours est-il que les créanciers personnels d'un cohéritier ou communiste ne peuvent prétendre sur *telle* ou telle part de *tel* immeuble dépendant de la succession ou communauté, à aucun droit de *mainmise*, et encore moins à un droit *actuel* d'hypothèque qui comprendrait le droit *de suite* auquel est attaché le privilége de la surenchère. Et cela, parce que, d'une part, la loi leur interdit à tous une expropriation qui précé-

derait le partage; parce que, d'autre part, toute hypothèque sur un immeuble indivis est essentiellement résoluble; parce qu'enfin la part du cohéritier débiteur ne peut être déterminée par la licitation d'un seul immeuble, mais seulement par un partage général de toutes les forces et charges de la succession ou communauté. C'est ce qu'a reconnu un arrêt de rejet du 16 janvier 1833.

De là il résulte que la loi a réglé *limitativement* les droits du créancier personnel du cohéritier ou communiste sur les immeubles de la succession ou communauté; que si elle lui reconnaît le droit de demander un partage, à la condition qu'il sera général, elle lui interdit toute prétention anticipée à un droit de suite et de préférence sur tel immeuble de la masse; qu'elle lui dénie avant le partage les avantages attachés au droit d'hypothèque; qu'elle ne reconnaît point en lui un créancier *inscrit;* que cette qualité, s'il l'a eue éventuellement, est réputée ne lui avoir jamais appartenu dès que l'immeuble échoit, sans fraude, à tout autre qu'à son débiteur: qu'ainsi ce créancier, qui n'aurait pas même le droit de surenchère de l'art. 2185, ne peut se prévaloir de sa *qualité* pour prétendre, plus qu'un étranger, au droit de surenchère du Code de procédure, le Code civil ayant pourvu à ses intérêts. Telle est la conséquence rationnelle des principes sur l'indivision et le droit d'hypothèque.

Il n'y avait donc *aucun intérêt* qui appelât le droit de surenchère de l'art. 710, dans les licitations entre majeurs, il n'y avait même *aucune personne* qui fût *recevable* à revendiquer un pareil droit, d'après les principes posés au Code civil.

Comment supposer que le Code de procédure ait voulu, d'un seul mot, renverser ces principes fondamentaux?

Mais les textes eux-mêmes vont prouver qu'il n'en est pas ainsi.

L'art. 953, au titre *de la vente des biens immeubles,* dispose que, « si les immeubles n'appartiennent qu'à des majeurs, ils seront vendus, s'il y a lieu, de la manière dont les majeurs conviendront. »

Voilà la seule disposition, dans tout ce titre, qui concerne la vente des biens de majeurs. Les articles suivants, depuis l'article 954, qui commence ainsi : « Si les immeubles n'appartiennent *qu'à des mineurs,* » jusques et y compris l'art. 964, qui exige un *nouvel avis de parents,* sont tous, les uns par leurs termes, les autres par leurs dispositions, exclusivement relatifs à des biens de mineurs. L'art. 965, qui ajoute : « *seront* observées, *au surplus,* » ne peut donc se rapporter à l'art. 953, qui laisse toute latitude aux majeurs, mais seulement aux articles suivants, qui déterminent les formes à suivre dans l'intérêts des mineurs.

L'art. 953 ajoute : « S'il y a lieu à *licitation,* elle sera faite conformément à ce qui » est prescrit au titre *des partages et licitations.* » Le premier article de ce titre, l'art. 966, dispose : « Dans le cas des art. 823 » et 838, C. civ., lorsque le partage doit être » fait en justice, la partie la plus diligente se » pourvoira. » L'art. 838 porte : « Si tous » les cohéritiers *ne sont pas présents,* ou » s'il y a parmi eux des *interdits* ou des *mineurs,* même émancipés, le partage *doit* » être fait en justice. » Voilà le cas prévu par l'art. 966, et pour lequel des formes vont être imposées par les art. 967 et suivants. Quant à l'art. 823, C. civ., il dispose : « Si l'un des cohéritiers *refuse* de consentir » au partage, ou s'il s'élève des *contestations,* soit sur le mode d'y procéder, soit » sur la manière de le terminer, le tribunal prononce comme en matière sommaire, etc. » Mais ce n'est pas là un cas où le partage ou la licitation *doivent* nécessairement être faits en justice, puisque l'art. 827, C. civ., reconnaît expressément aux majeurs la faculté de vendre ou de liciter devant notaire. Ce n'est pas même là un cas où les formes judiciaires, quand elles sont adoptées, *doivent* nécessairement être observées sans aucune modification, puisque l'art. 953, pour la vente, a laissé les formes à l'arbitraire des majeurs, et que, pour les partages et licitations, l'art. 985, du titre special porte : « Au surplus, lorsque tous les copropriétaires ou cohéritiers seront majeurs, » jouissant de leurs droits civils, présents » ou dûment représentés, ils pourront *s'abstenir des voies judiciaires, ou les abandonner en tout état de cause,* et s'accor- » *der pour procéder de telle manière qu'ils* » *aviseront.* »

Les *prescriptions* de l'art. 965, ne concernent donc pas les majeurs.

Il est d'ailleurs, au titre des *partages et licitations,* une disposition qui doit paraître décisive, pour le cas précisément où les formes judiciaires sont adoptées. Après les art. 967 à 970, qui règlent les préliminaires tendant à faire reconnaître s'il y a lieu à un simple partage entre les copropriétaires, ou à une vente par licitation, et l'article suivant, qui est relatif aux formes de l'expertise, vient l'art. 972, qui dispose : « *On se* CONFORMERA, *pour la vente, aux* FORMALITÉS *prescrites dans le titre des biens im-* » *meubles.* » Or non-seulement, dans ce titre, la seule disposition qui parle des ma-

jeurs est l'art. 953, par lequel ils sont laissés libres sur les formes à employer; mais, bien plus, l'art. 972, quant aux majeurs, loin de renvoyer à l'art. 965, et de là à l'art. 710, exclut un pareil renvoi, puisqu'il ne parle que de *formalités*, tandis que la surenchère, si elle peut être réputée une *suite* de l'adjudication, n'en est pas assurément une *formalité*.

Ainsi les textes eux-mêmes, loin de déroger aux principes qui excluent l'intérêt et le droit de surenchère de l'art. 710, viennent eux-mêmes les confirmer par la distinction qu'ils font entre les majeurs et les mineurs.

Cette distinction est admise par les auteurs mêmes qui veulent appliquer aux mineurs les art. 965 et 710; entre autres Coffinières (J. A., t. XXI, p. 319, n°s 87 et 38), Persil (*Régime hypothécaire*, sur l'art. 2185, n° 27), Grenier (*Traité des hypothèques*, t. II, p. 180), Carré (sur l'art. 972), Berriat-Saint-Prix (t. II, au titre *de la vente des immeubles*, p. 784 de la dernière édition.).

Quant à la jurisprudence, de tous les arrêts rendus jusqu'à ce jour sur la question d'applicabilité de l'art. 710, *deux seulement*, l'un de la cour de Montpellier, de 1829, l'autre de la cour de Lyon, de 1835, admettent la surenchère du quart dans les *licitations entre majeurs*, et un seul, de la chambre des requêtes, de 1827, suppose, *dans ses motifs*, que cette surenchère est permise dans *toutes* les ventes judiciaires.

Toutes les autres arrêts repoussent expressément ou virtuellement la surenchère du quart dans les licitations *entre majeurs*; les uns, parmi lesquels sont deux arrêts de *cassation*, de 1819, en disant, avec MM. Pigeau, Grenier, Carré et Toullier, que l'article 965, ne renvoie pas à l'art. 710; d'autres, parmi lesquels sont trois arrêts de *rejet* de 1830, 1833 et 1834, en disant, avec Coffinières et Persil, que cet art. 965, n'est *relatif qu'aux biens de mineurs*; les autres, en disant, avec Coffinières, Persil et Carré, que l'art. 972, ne renvoie pas à l'art. 965, et de là à l'art. 710. Tous enfin excluent par leurs motifs la possibilité de voir dans la licitation entre majeurs, présents et maîtres de leurs droits, autre chose qu'une *aliénation volontaire*, dont la résolution, conséquemment, ne peut avoir lieu que dans les conditions, formes et délais déterminés par le Code civil.

Que si l'on aperçoit dans la marche de la jurisprudence une certaine tendance à étendre plutôt qu'à restreindre le droit de surenchère de l'art. 710, ce n'est que pour les ventes qui ont tous les caractères d'une *expropriation*, par leur nature et les dispositions de forme et de fond qui les concernent particulièrement.

Et la chambre des requêtes, à qui est due cette jurisprudence progressive, a marqué elle-même la limite en refusant d'étendre aux majeurs ce qu'elle croyait devoir décider en faveur des mineurs et interdits.

La chambre civile, si elle ne maintient pas dans toute sa généralité la jurisprudence de ses arrêts de 1819, n'ira pas du moins jusqu'à accueillir une innovation extrême, qui serait le renversement de tous les principes reçus en matière de surenchère.

Pour compléter ce travail M. Ad. Chauveau présente en ces termes l'état de la juris prudence sur la question :

« Afin de mettre plus de clarté dans notre résumé et de simplifier les recherches, nous allons grouper les arrêts que nous avons recueillis en six paragraphes; c'est-à-dire que nous distinguerons si ces arrêts ont été rendus, 1° en matière de *succession vacante;* 2° en matière de *succession bénéficiaire;* 3° en matière de *revente après surenchère;* 4° en matière de *conversion après saisie immobilière;* 5° en matière de *licitation de biens de mineurs*, et enfin en matière de *licitation entre majeurs* (1).

§ Ier. — VENTE DE BIENS DE SUCCESSION VACANTE. (L'art. 1081 renvoie à l'art. 988, et de là au titre des *partages et licitations.*)

Pour la surenchère du quart, aucun arrêt.

Contre : PARIS, 2 mars 1809 (J. A., t. XXI, p. 378, n° 28). Arrêt fondé sur ce qu'une adjudication de cette nature a *tous les caractères d'une vente volontaire*.

§ II. — VENTE DE BIENS DÉPENDANT D'UNE SUCCESSION BÉNÉFICIAIRE. (L'art. 988 renvoie au titre des *partages et licitations.*)

Pour la surenchère du quart :

ROUEN, 24 mai 1817 (J. A., t. XXI, p. 461, n° 116). Arrêt fondé sur ce que l'art 965, auquel renvoie l'art. 988, comprend l'art. 710; mais cassé par l'arrêt de 1819 ci-dessous.

PARIS, 11 mai 1835. Ce n'est que dans ses motifs que cet arrêt, dont le dispositif se

---

(1) Quant aux ventes après *faillite*, il ne peut en être question ici parce qu'elles sont régies par un texte spécial. (*V.* art. 473 de la nouvelle loi *sur les faillites.*)

borne à admettre la surenchère du dixième, suppose possible la surenchère du quart. « Considérant que ce droit, qui peut être exercé dans le délai de quarante jours par tout créancier inscrit, n'est point exclusif, *lorsqu'il s'agit de vente d'immeubles faite par l'héritier bénéficiaire*, du droit de surenchérir du quart qui peut être exercé par toute personne dans le délai de huitaine. »

Contre :

Cassation, 16 novembre 1819, au rapport de M. le conseiller Rupérou (J. A., t. XXI, p. 461) : « Attendu que l'art. 710 n'introduit la surenchère du quart que pour le cas de la vente par expropriation forcée ; qu'il résulte de la nature de cette surenchère et des formes qui lui sont spéciales, qu'elle est un droit *extraordinaire*, dont l'exercice ne peut être étendu par induction au delà de la limite que la loi lui assigne ; que l'art. 965, relatif aux ventes *judiciaires volontaires*, ne rend point commun à ces ventes la surenchère du quart, parce qu'en ordonnant d'observer, relativement à la réception des enchères, à la forme de l'adjudication et à ses suites, les dispositions des art. 707 et suivants du titre de la saisie immobilière, *il n'a eu pour objet que la forme de l'adjudication et les suites nécessaires*, mentionnées aux art. 714, 715 et 716, sans lesquelles elle demeure sans effet. »

Paris, 23 juin 1821, arrêt conforme à celui ci-dessus.

Rouen, 28 janvier 1828 (J. A., t. XXXVI, p. 72) : « Attendu que la surenchère du quart est une voie *extraordinaire ;* que l'art. 965 ne renvoie aux art. 707 et suivants que pour les formes de l'adjudication et ses suites ; que la surenchère du quart n'est pas une forme ou suite de l'adjudication. »

§ III. — Revente après surenchère par suite d'aliénation volontaire. (L'art. 2187 du C. civ,, renvoie aux formes de l'expropriation forcée.)

Pour la surenchère du quart :

Grenoble, 21 février 1818 (J. A., t. XXI, p. 458, n° 112). Arrêt fondé principalement sur ce que l'art. 2187, en renvoyant au titre de la saisie immobilière dans les mêmes termes que l'art. 2174, relatif à la vente après délaissement par hypothèque, se réfère ainsi à l'art. 710 : il a été cassé par l'arrêt suivant :

Contre : Cassation, 22 juin 1819, au rapport de M. le conseiller Legonidec (J. A., t. XXI, p. 338, n° 112) : « Attendu que la loi reconnaît deux espèces de surenchère ; que ces deux espèces sont absolument distinctes et fondées chacune sur des motifs particuliers ; que nulle part la loi ne les confond et ne les cumule l'une avec l'autre ; que la surenchère du quart après adjudication définitive sur saisie immobilière est un droit *extraordinaire*, et dont on ne peut par là même admettre l'exercice que dans le cas où il est *textuellement* autorisé par la loi... »

Metz, 14 janvier 1823 (J. A., t. XXI, p. 481, n° 132).

§ IV. — Vente judiciaire par suite de conversion. (L'article 747, C. proc. civ., renvoie aux art. 957, 958, 959, 960, 961, 962, 964 ; on sait que l'art. 965 a été involontairement omis par l'effet d'une erreur de chiffre.)

Pour la surenchère du quart, aucun arrêt.

Contre : Paris, 19 juillet 1817 (J. A., t. XXI, p. 443, n° 78) : « Considérant que le droit de surenchère est un droit exorbitant ; que l'art. 710 n'est point applicable aux adjudications faites en conformité de l'art. 747, qui ne renvoie pas à l'art. 765. »

Cassation (*Requêtes*), 18 janvier 1834 (J. A., t. XLVI, p. 241) : « Considérant qu'en cas de vente par expropriation forcée, la surenchère doit être, aux termes de l'art. 719, du quart ; qu'il en est de même en cas de vente de *biens de mineurs*, faite devant un juge ou un notaire, art. 665 ; que l'art. 747 ne prescrit d'autres formalités que celles voulues par les art. 937 à 964 ; — d'où la conséquence, pour ces ventes faites *entre parties toutes majeures*, que la loi les considère comme *volontaires* et soumises seulement à la surenchère du dixième. »

§ V. — Ventes ou licitation de biens de mineurs. (827, 838 et 839, C. proc. civ. ; 954 à 965, 966 à 984, C. proc. civ.)

Pour la surenchère du quart, soit seule, soit concurremment avec celle du dixième :

Colmar, 2 décembre 1815 (J. A., t. XXI, p. 440, n° 88). Arrêt fondé sur ce que, à l'égard du mineur contre lequel un majeur copropriétaire provoque la licitation, qui ne peut se faire qu'en justice, la vente est *forcée*, pourquoi l'art. 765 renvoie à l'art. 710 *en faveur des mineurs*.

Grenoble, 25 juin 1825 : « Attendu qu'il résulte de l'art. 965 que les dispositions des art. 707 et suivants doivent être observées pour la vente des biens immeubles appartenant à des *mineurs ;* qu'on doit d'autant mieux l'entendre ainsi que les *intérêts des mineurs* sont sous la protection *spéciale* de la loi, et que si l'art. 710 n'était pas applicable à la vente de leurs biens, dans le cas où il n'y aurait point de créancier inscrit, aucune surenchère n'étant admise, il pourrait arriver que, par l'effet de la *collusion* ou de la *fraude*, ces biens ne fussent pas portés à leur vraie valeur, surtout lorsque, comme dans l'espèce, les biens appartenant en partie à des majeurs et à des mineurs, la licitation en

aurait été ordonnée sans avis préalable de parents. »

Bordeaux, 14 déc. 1827 (J. A., t. XXXIV, p. 247) : « Attendu que, dans le cas même où l'art. 965 aurait rendu commun aux licitations faites en justice *entre majeurs et mineurs* l'art. 710, cette disposition ne serait point un obstacle à la surenchère du dixième, ces sortes de licitations n'ayant pas, comme les ventes forcées, l'effet de purger les hypothèques. »

Cassation (*Requêtes*), 4 avril 1827 (J. A., t. XXXIII, p. 176). Arrêt rejetant le pourvoi formé contre celui de la cour de Grenoble, qui précède, par des motifs dont la généralité a été rectifiée par les arrêts postérieurs de la même chambre.

Cassation (*Requêtes*), 18 mai 1830 (J. A., t. XXXIX, p. 6) : « Attendu qu'une licitation dans laquelle des *mineurs* sont intéressés ne peut valoir qu'autant qu'elle est faite en justice; que les mineurs étant incapables d'aliéner, l'autorité de la justice se substitue à leur *incapacité ;* que la vente, en pareil cas, est une véritable *expropriation des mineurs.* »

Cassation (*Requêtes*), 2 janvier 1833 (J. A., t. XLIV, p. 202) : « Considérant que l'art. 965, *relatif aux ventes judiciaires d'immeubles indivis entre des majeurs et des mineurs,* dispose que l'art. 710 est compris dans ce renvoi; que cette disposition étant rendue, par l'art. 965, applicable aux ventes judiciaires d'immeubles *indivis entre majeurs et mineurs,* il en résulte, etc. »

Paris, 26 jan. 1835 (J. A., t. XLVIII, p. 145) : « Considérant que l'art. 965 a rendu communes aux ventes de biens appartenant *à des mineurs*, quant à la forme de l'adjudication et à ses suites, les dispositions, etc.; que les parties n'étant point maîtresses, *lorsqu'il s'agit de biens de mineurs*, de s'abstenir des voies judiciaires, la vente *participe,* quant à la forme, *aux caractères de la vente forcée;* que l'intérêt des mineurs pourrait être gravement compromis, etc. »

Aix, 30 janv. 1835 (J. A., t. XLVIII, p. 222) : « Attendu qu'il y a un *mineur* intéressé au nombre des colicitants; que dès lors on ne peut reconnaître dans cette adjudication les caractères d'une vente volontaire qui ait *pu* se faire de gré à gré. »

Toulouse, 25 juin 1835 (J. A., t. L, p. 40) : « Attendu que les ventes des immeubles des mineurs, pour être valables, *doivent* être faites d'après les formalités indiquées par la loi; *qu'elles ne sont donc pas volontaires*, qu'elles doivent être assimilées à celles qui sont faites à la suite des expropriations forcées; que conséquemment la surenchère qui peut avoir lieu dans ces sortes de ventes ne doit point être régie par l'art. 2185, mais par les dispositions insérées dans le titre des expropriations forcées. »

Cassation (*Requêtes*), 4 août 1835 (J. A., t. XLIX, p. 588). Par arrêt du 4 juil. 1834, la cour de Rouen avait admis la surenchère du dixième, après notification faite aux créanciers inscrits, de la vente d'un immeuble appartenant à un *mineur,* et dans ses motifs elle avait exprimé l'opinion, avec les arrêts de cassation de 1819, que l'art. 965, *relatif aux ventes de biens de mineurs*, ne renvoyait pas à l'art. 710, parce que la surenchère du quart n'est pas une *suite* de la vente. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par le motif que la notification du contrat ayant eu lieu, la surenchère du dixième était devenue permise; puis, par ce motif subsidiaire, qui ne paraît se rapporter qu'aux ventes de *biens de mineurs,* et qui, d'ailleurs, suppose que le droit de surenchère est une *faculté* naturelle qui existe de droit à défaut de disposition contraire : « Attendu que cette disposition (2185) n'est point incompatible avec l'art. 710, que la faculté de surenchérir, d'abord du dixième, puis du quart du prix principal, n'est point interdite par la loi; que s'il en était autrement, les créanciers pourraient être privés des droits et avantages que la loi leur confère. »

Contre :

Liége, 15 novembre 1815 : « Attendu que l'art. 965 ne prescrit pas purement et simplement l'observation des art. 707 et suiv. pour la vente par *licitation des biens de mineurs,* comme le législateur aurait fait si son intention eût été d'admettre la surenchère dans une vente de cette nature; mais qu'au contraire la disposition de l'art. 965 est restreinte à la réception des enchères, à la forme de l'adjudication et à ses suites, *lesquelles suites ne peuvent*, d'après les règles de la grammaire, *se rapporter qu'à la forme de l'adjudication et nullement à l'adjudication même.* »

Riom, 26 janvier 1818 (J. A., t. XXI, p. 450, n° 74). Arrêt fondé sur ce que la vente de biens de mineurs poursuivie par le tuteur *est essentiellement volontaire,* que la surenchère à faire sur une semblable vente doit être réglée par l'art. 2185, C. civ., et non par l'art. 710, C. proc. civ., *qui n'est relatif qu'à des ventes faites sur saisie immobilière.*

Rouen, 4 juil. 1834 (J. A., t. XLIX, p. 588). Cet arrêt, pour admettre la surenchère du dixième, repousse celle du quart en ces termes : « Il résulte de la nature de cette surenchère et des formes qui lui sont spéciales, qu'elle est un *droit extraordinaire* dont l'exercice ne peut être étendu par induction au delà de la limite que la loi lui assigne; et

la surenchère qui peut être mise sur une vente par expropriation forcée, pas plus que celle qui peut être mise sur une vente volontaire, ne sont ni une forme *ni une suite* de la vente »

§ VI. Licitations entre majeurs.

Pour la surenchère du quart :

Montpellier, 29 août 1829 (J. A., t. XXXVII, p. 298). Cet arrêt s'attache à prouver que l'art. 965 renvoie, pour les suites de l'adjudication, à l'art. 710; puis il argumente de l'avantage que l'art. 965 ainsi entendu doit procurer aux mineurs, créanciers et débiteurs, enfin à tous cohéritiers procédant au partage d'une succession commune, et il s'appuie sur plusieurs des arrêts précités, dont aucun pourtant n'a admis la surenchère du quart quant aux majeurs.

Contre :

Douai, 16 août 1810 (J. A., t. XXI, p. 389, n° 37 et 38) : « Considérant que le titre concernant la vente des immeubles, auquel renvoie l'art. 972, *distingue les ventes des immeubles qui n'appartiennent qu'à des majeurs, de celles dans lesquelles il y a des mineurs qui y ont intérêt;* que, dans ce titre, l'art. 953 est *le seul* qui concerne la vente et la licitation des biens n'appartenant qu'à *des majeurs;* que l'art. 965 ne serait applicable qu'aux seuls cas où la licitation se ferait entre mineurs et majeurs. »

Paris, 23 décembre 1830 (J. A., t. XLIII, p. 502). Cet arrêt se fonde principalement sur ce « que, aux termes de l'art. 985, relatif aux » partages et licitations, les copropriétaires » majeurs peuvent s'abstenir des formes judi» ciaires ou les abandonner en tout état de » cause, *ce qui prouve qu'une adjudication* » *de cette nature a le caractère d'une vente* » *volontaire;* » et il ajoute « qu'au surplus, » l'art. 965 ne renvoie aux art. 710 et sui» vants que relativement à la réception des » enchères, à *la forme* des adjudications et » *à ses suites;* que, loin d'être une pure for» malité ou une suite nécessaire de l'adjudi» cation, la surenchère est un acte incertain » et facultatif qui a pour but et pour résultat » de résoudre l'adjudication. »

Après ce relevé de la jurisprudence, il ne nous reste qu'à citer l'opinion de M. le conseiller Troplong, dans son *Traité des hypothèques.*

« La surenchère du quart, dit cet auteur, n'est pas une forme de procédure; *c'est un droit qui touche au fond*, et un droit *tout à fait exorbitant et insolite.* Il ne faut donc pas l'étendre d'un cas à un autre, d'autant plus *qu'on ne trouve pas ici les mêmes motifs que pour l'expropriation forcée.* C'est du reste en ce sens que la cour de cassation s'est prononcée par arrêt du 22 juin 1819. Cette décision importante est appuyée sur des *motifs de la plus grande force*, et devrait mettre fin à une controverse qu'on est étonné d'avoir vu s'élever. Cependant Delvincourt ne se rend pas à l'autorité de cet arrêt, et il pense que la surenchère du quart est admissible. Mais on regrette de voir cet auteur éclairé persister dans une si *grande aberration.* »

(*Journal des avoués.*)

L.

QUESTION PROPOSÉE.

Lorsque, dans une cause, il y a un ou plusieurs appelés en garantie, le jugement qui ordonne l'enquête doit-il être signifié à tous les appelés en garantie, et par qui doit-il être signifié ?

PAR ADOLPHE CHAUVEAU, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

Le Code donne à un défendeur le droit d'appeler un tiers à sa garantie (art. 176); connaissance est donnée au demandeur de cet appel en garantie par un simple acte (art. 179); les deux demandes sont jugées conjointement, quand elles sont en état d'être jugées en

même temps (art. 184) ; de ces articles résulte la conséquence forcée qu'une fois mis en cause régulièrement, les appelés en garantie doivent recevoir signification de tous les actes de la procédure. Le jugement sera rendu tant contre eux que contre le défendeur principal ; ils ont souvent un intérêt plus sérieux encore que le défendeur lui-même.

Ainsi, tant que les deux demandes marchent parallèlement et sont mutuellement en état, tout acte fait par le demandeur est censé dirigé contre tous les défendeurs, quelle que soit leur dénomination.

Le demandeur ne peut pas s'isoler en abandonnant au défendeur principal le soin de dénoncer la procédure au premier appelé en garantie, pour que successivement ait lieu une contre-dénonciation, etc., parce qu'alors les deux demandes cesseraient d'être conjointement en état, et que des délais, quelquefois de rigueur, seraient expirés pour le défendeur principal, et ne le seraient pas pour les divers appelés en garantie.

De ces principes, que nous ne croyons pas contestables, ressort naturellement la solution de la question posée : Oui, le jugement qui ordonne l'enquête doit être signifié à tous les appelés en garantie. Oui, ils devront tous être assignés au jour déterminé par le juge-commissaire pour l'audition des témoins, et c'est au poursuivant de l'enquête à faire les diverses significations qui seules peuvent rendre la procédure régulière.

Le 5 août 1825, la cour de Poitiers, en audience solennelle, contrairement à notre plaidoirie, a refusé d'appliquer ces principes, » considérant que l'appelant, avant d'exécu- » ter l'arrêt interlocutoire qui l'admettait à la » preuve des faits par lui articulés, avait fait » signifier cet arrêt à l'avoué des défendeurs » originaires, ses seuls adversaires dans la » cause, puisque les appelés à leur garantie » n'ont pas déclaré prendre leur fait et cause, » et qu'ils n'ont pas demandé leur mise hors » de cause ; que, dans cet état de choses, » l'appelant n'a pu et dû reconnaître pour ses » seuls et véritables adversaires que les défen- » deurs originaires, et qu'en faisant faire » cette signification à leur avoué, il a suffi- » samment rempli le vœu de l'art 147, C. proc., » civ. »

La cour de Poitiers ne considère la cause comme commune à toutes les parties, que lorsqu'un garant prend le fait et cause du garanti, et que celui-ci a demandé sa mise hors de cause ; elle méconnaît évidemment les dispositions constitutives de la procédure en garantie, qui permet au défendeur de subdiviser sa défense, et de la faire reposer tant sur sa tête que sur celle d'une troisième partie.

L'appelé en garantie doit être mis en position de récuser les témoins du demandeur principal, et de faire lui-même une contre-enquête.

Peut-il exister un seul acte de la procédure auquel on le laisse étranger, et la décision dont il n'aura pas pu combattre un des éléments pourrait-elle lui être opposée sans une injustice monstrueuse ?

Lorsque le défendeur principal se décide à user de la faculté indiquée par la loi, qu'il a appelé un tiers à sa garantie, et que, conformément aux prescriptions de la même loi, il a notifié cet appel en garantie au demandeur principal, il peut n'avoir aucun intérêt à faire une contre-enquête ou à faire tomber celle du demandeur principal. Il connaît la solvabilité de son garant, il est assuré que ses conclusions contre lui seront accueillies. Le véritable intéressé est donc réellement, dans presque tous les cas, l'appelé en garantie ; c'est le défendeur sérieux, quoiqu'il n'y ait eu ni prise de fait et cause, ni mise hors de cause.

Mais, objecte-t-on, c'est au défendeur principal à dénoncer à son garant, comme il l'a fait une première fois, les actes qui lui sont signifiés par le demandeur.

La loi ne le dit pas, et lorsqu'une procédure est liée régulièrement, on ne trouve aucun article qui parle de ces singulières dénonciations et contre-dénonciations.

Il y a mieux en matière d'enquête, si le demandeur a le droit de ne considérer pour son véritable adversaire que le défendeur principal, qu'arrivera-t-il ?

Il fera signifier le jugement, obtiendra l'ordonnance du juge-commissaire et fera son enquête. Son enquête faite, il poursuivra l'audience, et comme les deux demandes, celle principale et celle en garantie, ne seront plus en état, en vertu de l'art. 184, il demandera la disjonction ; évidemment l'économie de la loi sera méconnue, et ces deux procès-verbaux connexes cesseront de l'être par la volonté seule du demandeur principal.

La demeure du défendeur et celle des appelés en garantie peuvent être différentes. Les distances ne sont plus les mêmes ; et, tandis que le défendeur principal dénoncerait l'assignation à l'enquête, cette enquête serait achevée.

Et que deviendrait le droit de faire la contre-enquête, droit précieux surtout pour le véritable intéressé, l'appelé en garantie ?

Est-il donc possible de laisser à une partie le choix de ses adversaires ? le demandeur principal pourra-t-il, selon son bon plaisir, assigner ou ne pas assigner toutes les parties en cause ? la chose jugée n'est-elle pas complexe en ce sens qu'elle résulte d'une procé-

dure commune, ayant produit un résultat commun?

Toutefois, pour le cas où on refuserait d'admettre notre doctrine, il faudrait au moins concéder au défendeur principal le droit de dénoncer l'assignation au garant, et d'arrêter, par un simple acte, l'enquête du demandeur aussi longtemps que le comporterait l'exigence des délais au respect du garant. Nous comprenons tout ce qu'a de bizarre et d'irrégulier cette procédure de dénonciation; mais nous ne pouvons, en aucun cas, adopter pour conséquence que, dans une instance liée légalement, il y ait un seul acte fait à l'insu d'une des parties.

Et, si le défendeur laissait l'enquête du demandeur se faire sans dénoncer à son garant mis en cause, ce dernier pourrait lui opposer les termes et l'esprit de l'art. 1640, C. civ. Pourquoi, lui dirait-il, ne m'avez-vous pas mis en position de reprocher les témoins du demandeur, de leur faire des interpellations, ou de faire entendre immédiatement d'autres témoins? Vous voulez qu'isolément je fasse une *contre-enquête*, quand il s'élève contre moi un préjugé, résultat de votre négligence? C'est me faire juger deux fois. Vous m'avez appelé en garantie, j'étais en cause, la procédure devait être régularisée avec moi. Vous ne l'avez pas voulu. Je dois être relaxé de toutes conclusions prises contre moi.

Et qu'on veuille bien remarquer que ces conclusions seraient posées au moment même où, en présence de toutes les parties, le demandeur principal demanderait l'adjudication de ses conclusions.

Concluons donc qu'en matière d'enquête comme en toute autre voie d'instruction, une procédure n'est régularisée qu'autant que chacun de ses actes est notifié par le poursuivant à toutes les parties en cause.

Nos principes ont été consacrés par un arrêt de la cour de Bourges du 30 mai 1831 (J. A., t. XLI, p. 579). Voici le motif qui résume l'opinion de cette cour :

« Considérant qu'ainsi, par une contravention toute reprochable au poursuivant, ont été entièrement bouleversés la sage économie de l'arrêt et le règlement des délais jugés nécessaires dans l'intérêt des parties nombreuses et disséminées au loin, d'où résulte, par une conséquence nécessaire, l'inhabilité formelle de Guillot quand il a prématurément requis l'ouverture de l'enquête, et l'illégalité de cette opération; que l'enquête, nulle sous ce rapport, l'est indivisément pour toutes les parties adverses, parce que pour toutes, un point unique et précis du départ des délais était fixé, *l'époque de la dernière signification;* que, pour toutes, l'enquête a donc irrégulièrement commencé et procédé. »

(*Journal des Avoués.*)

LI.

DISSERTATION.

La possession annale est-elle nécessaire pour l'exercice de l'action en réintégrande (1)?

PAR A. BERAIL, JUGE AU TRIBUNAL CIVIL D'ESPALION.

Il n'est guère contesté aujourd'hui que nos actions possessoires ne tirent leur origine des *interdits* du droit romain. La possession a toujours été un sujet de violents débats parmi

---

(1) Sur cette question délicate, *V.* en sens contraire Toullier, t. XI, p. 168; Carré, *Traité des justices de paix,* t. II, n. 1374; Poncet, *des Actions,* n. 62; Troplong, *Prescriptions,* t. I, n. 290; et nos observations J. A., t. XLIII, p. 451; t. XLIX, p. 704, et t. L, p. 231.

les hommes : comme elle est la manifestation et l'exercice du droit de propriété, tous les prétendants à ce droit ont dû vivement se la disputer, et mieux aimer se retrancher dans le camp, et de là attendre l'ennemi, que d'en faire longuement et péniblement le siége. La violence a été souvent employée pour arriver à ce but ; ce qui a fait sentir de bonne heure au législateur la nécessité d'avoir recours à une voie extraordinaire et prompte pour régler un point qui intéresse essentiellement l'ordre public. Telle est l'origine des interdits possessoires, qui étaient des moyens de droit établis par le préteur pour protéger la possession, et pour déterminer dans les mains de qui elle devait rester jusqu'à ce que le droit de propriété eût été apprécié et jugé. Voici quelle était la théorie du droit romain sur cette importante matière, en ce qui concerne les deux interdits principaux qui sont passés dans notre législation moderne.

Le premier de ces deux interdits était l'interdit *retinendæ possessionis*, qui correspond à notre action *en complainte ;* il se subdivisait en interdit immobilier, appelé *uti possidetis*, et en interdit mobilier, appelé *utrubi*, lequel n'est d'aucun usage dans notre droit. L'interdit *uti possidetis*, et en cela il différait de notre complainte, pouvait être exercé même par celui qui n'avait pas la possession annale ; la possession actuelle suffisait, pourvu qu'elle fût exempte de tout vice à l'égard du défendeur seulement, car peu importait sa nature vis-à-vis d'un tiers. De plus, cet interdit ne durait qu'un an, et, après ce délai, on n'était pas admis à le proposer. Il avait pour objet de faire cesser le trouble apporté à la possession d'un immeuble.

A notre action en réintégrande correspondait l'interdit *recuperandæ possessionis*, appelé aussi interdit *undè vi;* son but était le rétablissement du possesseur qui avait été expulsé par force et par violence. Il y avait deux espèces de violence : la violence armée, *vis armata*, et la violence sans armes, *vis quotidiana*. L'effet de l'interdit *undè vi* était de ressaisir le spolié de la possession qu'il avait perdue, lors même qu'il aurait possédé injustement et violemment à l'égard du défendeur. Cet interdit, quand il procédait de *vi armatâ*, était perpétuel ; mais quand il procédait de *vi quotidianâ*, il ne durait qu'un an, à dater de la dépossession. Les meubles, considérés *principaliter et per se*, ne pouvaient pas être atteints par l'interdit *undè vi;* mais il en était autrement lorsqu'ils se trouvaient sur un héritage dont le possesseur avait été expulsé, et à l'égard duquel l'interdit était exercé.

Pour ce qui concerne la forme, voici de quelle manière on procédait. Les parties comparaissaient devant le préteur, qui, après les avoir entendues dans leurs dires, prononçait une formule établie par son édit, et qui convenait à la nature de l'affaire qui se présentait : *veto, exhibeas, restituas*. Par là il est facile de voir qu'il existait une grave différence entre les actions ordinaires et les interdits : par la formule de l'action, le préteur nommait un juge qui devait faire droit aux demandes des parties ; par l'interdit, il décidait lui-même le fond du procès.

Les interdits possessoires étaient purement personnels ; ils ne compétaient que contre la personne qui avait porté atteinte à la possession, et ils n'avaient pas de suite sur la chose, lorsqu'elle était passée entre les mains d'un tiers. Ils procédaient *ex delicto*, leur but était un but de répression et de pénalité ; ceci nous explique pourquoi le fait actuel de possession, n'importe son origine ou sa durée, suffisait pour qu'il y eût lieu à l'interdit : *interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsâ personalia sunt.* Leg. 1, § 3, *de interdictis*.

En passant dans la jurisprudence française, sous le titre d'*Actions possessoires*, les interdits subirent d'importantes modifications. Nous avons trois époques à considérer pour en faire l'historique : celle antérieure à l'ordonnance de 1667, celle qui s'est écoulée à partir de cette ordonnance jusqu'à la promulgation du Code de procédure civile, et enfin, celle dans laquelle nous sommes aujourd'hui.

Une différence fondamentale se manifesta dès le principe : l'une des deux actions possessoires, la complainte acquit le caractère d'action réelle qui manquait à l'interdit *uti possidetis*. La possession d'an et jour ne dut être ni clandestine, ni violente, ni précaire. On considéra qu'il s'agissait moins de punir le fait de trouble, que de venir en aide à une possession qui se présentait sous des apparences favorables. Ce fut là la véritable action possessoire, action basée sur le droit plutôt que sur le fait, c'est-à-dire sur une possession telle que provisoirement elle devait faire supposer le droit.

Quant à la réintégrande, elle ne demeura pas purement personnelle, à la vérité, car elle put être exercée contre le tiers qui tenait l'immeuble du spoliateur; mais elle n'en conserva pas moins ce caractère à un haut degré, et ce fut toujours le trait le plus saillant de sa physionomie. On n'examinait, en ce qui la concerne, ni l'origine, ni la nature, ni la durée de la possession : elle était admise, comme le dit Beaumanoir, pour recouvrer une succession tellement vicieuse, qu'elle eût

pu emporter la hart : la maxime *spoliatus antè omnia restituendus* était appliquée dans le sens le plus étendu. Mais nous devons ajouter que celui qui était éconduit par la réintégrande n'avait pas besoin d'agir au pétitoire, et pouvait revenir par la complainte, s'il se trouvait dans les conditions de cette dernière action. Voici comment s'exprime à cet égard M. Henrion de Pansey dans son *Traité sur la compétence des juges de paix*, chap. 52 : « A mon retour d'un voyage de quel- » ques mois, je trouve ma maison occupée, et » j'y rentre par force : si l'usurpateur, ainsi » dépouillé, demande à être réintégré dans la » maison, il l'obtient ; mais, comme il n'avait » pas encore la possession annale, je puis, im- » médiatement après l'exécution de ce juge- » ment, former contre lui une demande en » complainte ; et, sur cette demande, je suis » rétabli dans mon ancienne possession. »

Cet antagonisme entre les deux actions cessa d'exister vers la fin du XIIIe siècle, à ce point que la complainte absorba la réintégrande, et que le nom de celle-ci disparut presque entièrement de la langue du droit. Cette simplification s'opéra par l'effet d'une fiction qui fut bientôt reconnue comme un principe. On supposa que celui qui était spolié de la chose qu'il possédait n'en conservait pas moins la possession civile, par la seule force de sa volonté ; et, partant de là, on considéra la spoliation comme un simple trouble apporté à la possession ; dès lors on rentrait tout à fait dans les termes de la complainte. Cette jurisprudence s'établit par l'autorité de Simon de Bussy, qui était premier président au parlement de Paris sous le roi Jean, et qui mourut en 1308. La cause de ce changement nous est inconnue ; mais nous croyons qu'il faut la chercher dans l'histoire et dans les progrès que la civilisation française avait déjà faits à cette époque.

Les temps qui suivirent les invasions franques furent des temps de spoliation et de rapine. Il s'écoula plusieurs siècles d'une anarchie presque complète. La notion du droit de propriété, qui n'existait que très-imparfaitement chez les barbares, dut encore être affaiblie par la dépossession presque générale qui fut le résultat de la conquête. Quoi d'étonnant que des hommes ainsi faits eussent recours à la violence pour s'emparer du champ du voisin ? Si la société ne périt pas au milieu de cette épouvantable confusion, elle le dut au christianisme et à la féodalité.

C'est la féodalité qui a enfanté le monde moderne. Dans cette époque de révolutions et d'invasions successives, les petits possesseurs, n'étant plus protégés par la loi, donnèrent leurs terres à ceux qui pouvaient les défendre, lesquels consentirent à les leur rendre à de certaines conditions, et en se réservant certains droits. Un chef fait bâtir un château sur un point élevé et d'un accès difficile : les manants du voisinage, se groupant autour du château, reconnaissent le châtelain pour leur seigneur, et s'engagent à lui payer certaines redevances convenues : le châtelain s'oblige à les défendre lorsqu'ils seront attaqués. Voilà la famille féodale constituée. Le sol se couvre de pareils établissements. Les révolutions politiques ne sont le plus souvent que des révolutions civiles, et proviennent des modifications qui se sont opérées dans les idées relatives à l'ordre civil, ou même des nouveaux rapports qui sont déjà établis de fait, et qui ambitionnent la consécration de la loi.

On comprendra maintenant comment, dans les temps de trouble qui avaient précédé cette organisation, la possession avait besoin d'une arme puissante pour repousser les attaques incessantes qui étaient dirigées contre elle, et comment aussi, lorsque les mœurs se furent adoucies, et qu'un ordre plus régulier se fut établi dans la société et consolidé par de longues années écoulées depuis son établissement, cette arme put être considérée comme inutile et abandonnée. C'est là la cause réelle de cette confusion qui s'opéra entre la réintégrande et la complainte : dès lors, la doctrine enseignée par Beaumanoir ne reçut plus d'application ; et, pour agir au possessoire, il fallut dans tous les cas avoir la possession d'an et jour.

Bientôt les coutumes furent rédigées, et elles ne mentionnèrent que la complainte.

Toutefois cet état de choses ne pouvait pas être définitif, car il amenait de très-graves inconvénients. Il est incontestable que les actes de violence et de spoliation doivent être moins fréquents dans une époque plus avancée de civilisation ; mais ils ne cessent jamais complétement, et, dans tous les temps, la possession est plus ou moins attaquée, et doit être énergiquement défendue.

Nous arrivons à l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile : alors la réintégrande reprit sa place dans le droit ; en effet, le titre 106 de cette ordonnance est intitulé *des complaintes et des réintégrandes*, et les art. 1 et 2 de ce titre font la distinction la plus précise entre ces deux sortes d'actions, et le but différent auquel elles tendent ; mais ils ne disent pas si, soit pour l'exercice de la complainte, soit pour l'exercice de la réintégrande, il est nécessaire d'avoir la possession d'an et jour.

De là, grande controverse entre les auteurs : les uns prétendent que la complainte même peut avoir lieu sans cette possession ; les

autres, qu'elle est indispensable, soit pour la réintégrande, soit pour la complainte; il en est, enfin, et c'est le plus grand nombre, qui distinguent entre les deux actions, et qui enseignent la nécessité de la possession d'an et jour pour la complainte, et la rejettent, au contraire, pour celui de la réintégrande. Cette dernière opinion paraît avoir fini par triompher dans la jurisprudence, car on trouve dans la collection de Denizart, art. *Voies de fait*, quatre arrêts du parlement de Paris qui l'ont formellement consacrée.

Il en devait être ainsi, et c'est la seule opinion que la raison puisse adopter : en effet, la confusion qui s'était opérée dans le XIVe siècle entre les deux actions possessoires, et qui avait incorporé la réintégrande avec la complainte, venant à cesser par les dispositions de la nouvelle ordonnance, et chacune recouvrant son existence propre, elles durent nécessairement reparaître avec les caractères et les conditions qui les distinguaient, et redevenir, dans le silence de la loi, ce qu'elles étaient autrefois.

Nous allons citer, du reste, quelques autorités : Denizart, au mot *Complainte*, n°s 14 et 15, pose la distinction des actions en termes formels, et de manière à ne laisser place à aucune équivoque : « Pour intenter la complainte, dit-il, il faut avoir la possession d'an » et jour dans les derniers temps, et y être » troublé; pour demander la réintégrande, » la possession actuelle au temps où l'on a été » dépossédé suffit. »

Darcau, auteur du *Traité des injures*, s'exprime en ces termes (page 59 de l'édit. de 1776) : « S'il était permis, sous prétexte » qu'on a droit à une chose, de l'enlever de » voie de fait, chacun, se rendant juge en sa » propre cause, se croirait autorisé d'agir » avec violence, et rien ne serait plus con- » traire à l'ordre public. Aussi les tribunaux » ne manquent-ils jamais de condamner ces » sortes de voies de fait, quand même au fond » on aurait le meilleur droit à la chose pour » laquelle on agit. *N'importe que la jouis-* » *sance d'an et jour ne fût pas encore ac-* » *quise au possesseur*, il suffit qu'il eût une » possession quelconque, pour qu'il ne fût » nullement permis de l'y troubler d'autorité » privée, surtout dès qu'on avait la voie de » droit ouverte, en recourant à l'autorité de » justice. »

Nous citerons encore Serres dans ses *Institutes*, pag. 594 et 595 : « La réintégrande » ou restitution de la possession, dit cet au- » teur, est ordonnée avant toutes choses, et » par un préalable, quand ce serait même le » véritable propriétaire qui aurait commis la » violence ou voie de fait, et qu'il justifierait » de sa propriété, suivant la maxime *spolia-* » *tus ante omnia restituendus.* »

Il serait facile de multiplier ces autorités; mais ce serait un luxe de citations inutile.

Il suffit, du reste, de lire attentivement le texte de l'art. 2, tit. 18, de l'ordonnance précitée, relatif à la *réintégrande*, et de le rapprocher de celui de l'article précédent, relatif à la *complainte*, pour remarquer l'importante différence que le législateur a voulu mettre dans l'exercice de ces deux actions : pour la complainte, l'art. 1er dit expressément qu'elle ne peut être exercée que par celui qui possède *publiquement, sans violence, et à titre non précaire;* mais l'exercice de la réintégrande n'est soumis à aucune condition de ce genre : voici, en effet, dans quels termes est conçu l'art. 2 : « Celui qui aura été dé- » possédé par violence pourra demander la » réintégrande par action civile et ordinaire, » ou extraordinairement par action crimi- » nelle; et s'il a choisi l'une de ces deux ac- » tions, il ne pourra se servir de l'autre, etc. » Ainsi, la loi ne considère pas la nature de la possession quand il s'agit de la réintégrande; il suffit que le possesseur ait été dépouillé par violence, pour qu'on doive le rétablir; de plus, ce droit d'option que donne l'ordonnance entre l'action civile et l'action criminelle ne place-t-il pas la réintégrande dans une position tout à fait spéciale? n'est-il pas évident qu'ici le principal objet a été la répression de la voie de fait, et qu'on s'est moins occupé de l'intérêt privé que de l'intérêt public, compromis par ce qu'il y a de plus antisocial, un recours à la violence? On n'ira pas jusqu'à dire que la possession d'an et jour soit nécessaire pour exercer l'action criminelle : or pourquoi le serait-elle pour exercer l'action civile, alors que la loi les met sur la même ligne, et accorde au spolié la faculté de choisir celle qui lui conviendra le mieux?

Nous voici arrivés au Code de procédure civile, et nous allons examiner s'il a changé quelque chose à la nature de la réintégrande, et subordonné son exercice à l'existence d'une possession annale. Les développements dans lesquels nous sommes entré déjà nous dispenseront d'insister beaucoup sur cette question.

La difficulté est pourtant assez grave pour avoir divisé les auteurs. Toullier et Troplong se sont prononcés pour l'affirmative; Pigeau, Dalloz, Duranton et Henrion de Pansey pour la négative. C'est aussi dans ce dernier sens que s'est fixée la jurisprudence par trois arrêts de la cour de cassation, des 10 nov. 1819, J. A. t. II, p. 497, n. 92; —28 oct. 1826, J. A., t. XXXII, p. 138;—17 nov. 1835, J. A., t. L, p. 250 et nos observ.

Ce conflit est né des termes de l'art. 23, C. pr. civ.; il est ainsi conçu : « Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant » qu'elles auront été formées dans l'année du » trouble par ceux qui, depuis une année au » moins, étaient en possession paisible, par » eux ou les leurs. à titre non précaire. » Le texte de cet article, disent les opposants à la jurisprudence de la cour de cassation, semble avoir été rédigé tout exprès pour faire cesser les incertitudes qui existaient encore, quoi qu'on en dise, même sous l'empire de l'ordonnance de 1667 : il s'ensuit de ces termes un syllogisme auquel il est impossible de résister. Les actions possessoires ne sont recevables que dans le cas de possession annale : or la réintégrande est incontestablement une action possessoire; donc la possession annale est nécessaire pour son exercice : puis on démontre les inconvénients du système contraire; on suppose un individu qui expulse l'usurpateur qui est venu le troubler dans la possession annale : est-il raisonnable, dans ce cas, que le véritable possesseur soit dépouillé provisoirement et l'usurpateur rétabli?

Ces moyens ne sont pas sans quelque force apparente; mais quelques courtes observations suffiront cependant pour prouver qu'ils ne sauraient triompher dans ce débat.

Lorsque les dispositions de l'art. 23 ont été conçues par le législateur, il se trouvait en présence d'un état de choses antérieur qu'il a dû apprécier, et dont sa pensée a dû être nécessairement préoccupée; or il est deux points que nous croyons avoir démontrés : le premier, que, sous l'empire de l'ordonnance de 1667, la possession annale n'était pas une condition de la réintégrande; la seconde, que la complainte a toujours été considérée comme la principale action possessoire. Nous devons ajouter que ce nom même ne devrait pas être rigoureusement donné à la réintégrande, qui est plutôt une action personnelle, comme l'interdit *unde vi*, dont elle dérive. Nous ne saurions nous lasser de répéter que la réintégrande a pour but la répression de la voie de fait, et que le rétablissement du possesseur n'en est pas le principe, mais seulement la conséquence. Quoi d'étonnant alors que l'admissibilité de cette action ne dépende pas des caractères que peut avoir la possession? Mais une fois que l'acte de violence a été atteint par la loi, arrive la véritable action possessoire; le possesseur légal intente la complainte contre le détenteur de fait, et c'est seulement alors qu'il s'agit d'apprécier la possession elle-même. sa nature, ses caractères. La réintégrande existe comme action distincte dans notre législation actuelle : impossible de le révoquer en doute en présence de l'art. 2060, C. civ., qui renferme des dispositions la concernant spécialement. Cet article établit la contrainte par corps *au cas de réintégrande* (ce sont ses termes), pour le délaissement du fonds occupé par voie de fait, pour la restitution des fruits et pour les dommages. La réintégrande est donc aujourd'hui ce qu'il a toujours été dans sa nature d'être; et dans la disposition légale que nous venons de viser, nous la voyons reparaître avec ce signe de personnalité qu'elle porte sur le front; car, en matière civile, la contrainte par corps n'a ordinairement lieu que par un quasi-délit. Nous retrouvons encore la pensée du législateur dans le discours prononcé par l'orateur du gouvernement, Treilhard, lorsqu'il présenta le livre Ier du Code de procédure civile au corps législatif. En faisant observer que cette matière était une des parties les plus importantes des attributions des juges de paix, il ajouta que, du reste, on n'avait voulu que se conformer aux anciens principes, et qu'on n'avait pas ambitionné la gloire de faire du nouveau : de tout cela nous devons conclure que ces mots *Actions possessoires*, placés dans l'art. 23, ne s'appliquent pas à la réintégrande, mais uniquement aux nombreux cas de complainte qui peuvent se présenter.

(*Journal des Avoués.*)

LII.

DISSERTATION.

ASSIGNATION A BREF DÉLAI. — ORDONNANCE. — RECOURS.

L'ordonnance du président, portant permission d'assigner à bref délai, peut-elle être annulée par la cour ou par le tribunal? en d'autres termes : *Peut-elle être frappée d'opposition ou d'appel?*

PAR ADOLPHE CHAUVEAU, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

Cette question qui se présente souvent dans la pratique est résolue négativement par M. CARRÉ, qui reconnaît seulement à la partie mal à propos assignée à bref délai le droit d'obtenir, s'il y a lieu, un délai pour réunir ses pièces, et de faire rejeter de la taxe les frais de la requête et de l'enregistrement de l'ordonnance. (*V.* t. Ier p. 199, n° 378.)

Nous pensons aussi que l'ordonnance du président est irréfragable et n'est susceptible d'aucune voie de recours, et qu'il en est de même de tous les jugements et ordonnances qui, dans les cas nombreux prévus par le Code de procédure, sont rendus par un magistrat ou par le tribunal, sur simple requête d'une partie, sans que l'autre doive y être appelée.

Le principal argument sur lequel s'appuie l'opinion contraire est pris de cette règle de souveraine équité qui réserve la voie de l'opposition à tout condamné par défaut.

Mais dans les diverses espèces que nous supposons, il n'y a ni condamné, ni jugement de défaut.

Il n'y a point de condamné, puisqu'il n'y a pas eu de contestation; il n'y a pas de jugement par défaut, puisque les seules parties qui devaient y figurer ont été ouïes.

Ceci nous amène à une observation qui jettera, nous l'espérons, beaucoup de lumière sur la difficulté.

Il est facile de distinguer dans le Code de procédure la part que le législateur a faite à la juridiction contentieuse et à la juridiction gracieuse.

Nous appelons *juridiction contentieuse* celle qui a pour mission de décider entre la prétention rivale de deux parties que la loi met en présence;

Juridiction gracieuse, celle qui prononce sur les demandes d'une partie que la loi autorise à se présenter seule, sans appeler l'adversaire qui pourrait avoir quelque intérêt à la contredire.

Dans le premier cas il y a procès, et la loi reconnaît trois personnes, le demandeur, le défendeur et le juge; dans le second il n'y a que requête, et la loi ne reconnaît qu'un solliciteur d'une part, de l'autre un pouvoir qui accorde ou refuse.

Dans le premier cas, le droit de la défense est érigé en principe; dans le second, il y est fait une exception formelle.

Dans le premier cas, l'opposition appartient à la partie qui ne s'est pas défendue, parce que la loi l'appelait à se défendre ou

ordonnait qu'elle fût assignée ; dans le second, ce recours serait en contradiction avec l'esprit de la loi, puisque, donnant au demandeur la voie de la requête, et le dispensant d'appeler son adversaire, elle déclarait suffisamment ne pas vouloir que celui-ci vînt se défendre.

Si donc vous lui accordez la voie de l'opposition, sous prétexte qu'il ne s'est pas défendu ou qu'il n'a pu se défendre, vous déclarez nécessaire une défense que la loi déclare inutile, vous corrigez la loi, quand il vous serait tout au plus permis de la critiquer.

Je dis que vous corrigez la loi, car vous renversez le principe qui a dicté son système. Quelle incohérence n'y aurait-il pas, en effet, quel défaut d'harmonie entre deux dispositions écrites ou sous-entendues, dont une autoriserait à ne pas appeler la partie, et l'autre lui permettrait de revenir par opposition!

Si la défense est utile, il ne faut pas la repousser d'abord pour l'accueillir ensuite; il ne faut pas laisser prendre, comme de guet-apens, des avantages contre lesquels toute voie de recours, même légale, pourra trop souvent être illusoire et sans efficacité. La raison et la justice disent ensemble qu'il est absurde et inique de souffrir que les droits d'une partie soient compromis, sauf à obtenir plus tard une réparation : *Melius est intacta jura servare, quàm post vulneratam causam remedium quærere.*

Elle serait donc absurde la législation qui aurait organisé un pareil système. Or la première partie de ce système, celle qui consiste à repousser d'abord la défense, ne peut être révoquée en doute; elle est écrite en toutes lettres à chaque page du Code.

Après cela, on peut choisir ou de rendre la loi complice d'une absurdité, en déclarant qu'elle admet l'opposition ou une voie de recours quelconque (car les mêmes raisons sont applicables), ou de la mettre d'accord avec elle-même, en reconnaissant qu'elle le refuse.

En deux mots, si l'on peut se pourvoir par requête sans appeler sa partie adverse, c'est parce que la loi dit que celle-ci n'a point d'intérêt à s'opposer à la sentence ; pourrait-elle dire qu'elle en a un à la faire réformer?

Mais ce principe, objectera-t-on, n'est pas exact ; il peut se faire, et il arrive souvent, que l'ordonnance ou le jugement rendus sur requête, portent quelque préjudice à la partie qui n'y a pas été appelée. Dès lors on ne peut nier qu'elle avait intérêt à se défendre.

C'est encore faire le procès à la loi, qui suppose que cet intérêt n'existe pas, ou qui, du moins, le regarde comme de si peu d'importance, qu'elle n'hésite pas à le sacrifier à des motifs d'intérêt général.

Au surplus, il n'est pas difficile de démontrer qu'elle a raison d'agir ainsi.

L'ordonnance ou le jugement rendus sur requête ne compromettent jamais d'une manière grave les intérêts de ceux qui n'y ont pas été parties. Ce sont de simples mesures préparatoires d'ordre, d'instruction, qui laissent toujours intact le fond du droit, et qui se bornent à accélérer, à diriger le cours de la procédure.

Ainsi l'ordonnance qui permet d'assigner à bref délai ne préjuge rien sur le fond de la cause, ne compromet pas le droit de la défense.

Le jugement qui ordonne un interrogatoire sur faits et articles laisse également à la défense toute sa latitude.

L'ordonnance qui envoie en possession d'une hérédité le légataire universel n'empêche pas les héritiers du sang d'attaquer le testament.

Celle qui permet de saisir-arrêter n'ôte pas au débiteur saisi le droit de contester la dette, au tiers saisi celui de faire une déclaration négative.

Les ordonnances que rend un juge-commissaire pour fixer le jour de l'ouverture d'une enquête, d'un ordre, ne privent pas la partie adverse de celle qui les a obtenues d'exercer dans cette enquête ou dans cet ordre ses droits comme elle l'entendra.

On pourrait encore tirer un grand nombre d'exemples du même genre.

Il est vrai qu'en abrégeant les délais, on diminue le temps ordinairement accordé par la loi pour préparer la défense ; qu'en ordonnant l'interrogatoire d'une partie, sans l'entendre, on lui interdit de discuter la pertinence des faits; qu'en envoyant le légataire en possession, on lui confère certains avantages de position que l'on fait perdre aux héritiers; qu'en permettant de saisir-arrêter, on suspend le payement d'une créance; qu'en fixant le jour d'ouverture d'une enquête ou d'un ordre, on ne peut pas favoriser les calculs de telle ou telle partie intéressée.

Mais ces inconvénients accessoires, qui ne tiennent qu'à la forme, aux préliminaires, à l'extérieur, sont amplement compensés par les avantages d'un autre ordre qui résultent de ces mesures, et voilà pourquoi la loi les regarde comme n'existant pas.

L'ordonnance de bref délai met à couvert des droits importants que le moindre retard ferait périr. Le jugement d'interrogatoire favorise la découverte de la vérité, en empêchant le défendeur de discuter d'avance les

faits sur lesquels il doit répondre. L'envoi en possession fait cesser les inconvénients qui résultent de l'incertitude de cette même possession. La saisie-arrêt empêche les fraudes qui pourraient dépouiller un créancier. En matière d'enquête, d'ordre, le juge-commissaire a besoin d'un pouvoir discrétionnaire pour faire rapidement marcher la procédure.

Ainsi, c'est toujours un motif de célérité, d'urgence ou de précaution qui explique et justifie l'attribution de la juridiction gracieuse.

Et maintenant, nous demanderons si ce serait bien entrer dans l'esprit et dans l'intention de la loi, que de changer le caractère de cette juridiction, après qu'elle s'est exercée, de la rendre contentieuse en attaquant ses actes volontaires et non judiciaires par une opposition, par un appel?

Quoi! la loi n'a pas voulu de contestation, et vous allez en créer une! Elle n'a pas voulu du procès le plus simple de tous, qui consiste à appeler dès le début son adversaire devant le juge, et vous allez en créer un que viendront compliquer les procédures de l'appel et de l'opposition!

Quoi! il s'agit de savoir si on assignera à bref délai, et vous voulez soumettre la décision de cette question préalable à des contestations, à des recours, à d'interminables délais! Mais alors le délai ordinaire de la loi serait bien préférable et plus expéditif, et le mot de bref délai n'aurait été introduit que pour cacher une espèce de mystification.

Il s'agit d'obtenir de la bouche d'un plaideur la vérité sur des faits qu'il n'aura pu trop longtemps méditer d'avance, de peur qu'il ne concerte frauduleusement ses réponses, et vous commenceriez par lui permettre de discuter longtemps la pertinence de ces faits, de s'opposer au jugement qui les détermine! En agissant ainsi, n'atteindriez-vous pas dans les deux cas et dans tous ceux qu'on pourrait encore rappeler, le but diamétralement contraire à celui que s'est proposé le législateur?

Cette dernière conséquence, qu'il est impossible d'éviter, nous paraît achever la démonstration, justifier complétement notre distinction des deux juridictions gracieuse et contentieuse, et condamner le système de ceux qui admettent également les voies de recours contre les actes de l'une et de l'autre.

La jurisprudence et la doctrine ont surtout examiné la question dans le cas où il s'agit d'une ordonnance qui permet d'assigner à bref délai, et de graves dissidences ont signalé leurs décisions.

Les cours de Toulouse, le 13 janvier 1823 (J. A., t. XXV, p. 15), et de Bourges, le 20 décembre 1831 (J. A., t. XLV, p. 537), ont déclaré qu'on pouvait se pourvoir d'abord par opposition, ensuite par appel; mais la cour de Bordeaux a jugé, le 12 janvier 1833 (J. A., t. XLV, p. 483), que la voie de l'opposition était seule admise; elle avait consacré la même doctrine le 26 août 1817 (J. A., t. XIX, p. 348) à l'égard de l'ordonnance portant permission de saisir-arrêter; la cour de Bruxelles avait rendu une décision semblable le 17 mars 1812 (J. A., t. III, p. 363), relativement à l'ordonnance du président du tribunal de commerce autorisant la saisie des meubles et effets du débiteur; enfin la cour de Colmar, le 15 avril 1807 (J.A., t. III, p. 108.), à l'égard de tout jugement rendu sur requête non communiquée.

La cour de Poitiers a jugé, à son tour, le 5 août 1830 (J. A., t. XXXIX, p. 336), que la voie de l'appel était seule admissible contre l'ordonnance de bref délai.

Cette opinion repose sur l'analogie que la cour a cru voir entre cette ordonnance et celles que rend le juge de référé, lesquelles, comme on le sait (art. 809), ne sont pas susceptibles d'opposition, mais peuvent être frappées d'appel. L'analogie n'existe pas, car les ordonnances de référé sont rendues, partie appelée; il n'en est pas de même de celle dont il s'agit dans l'art. 72.

Le 13 février 1839, la cour de cassation est tombée dans la même confusion, à propos d'une ordonnance du président, qui, sur la demande d'une partie, commettait un avoué à l'effet d'occuper pour elle.

Évidemment un pareil acte appartient à la juridiction gracieuse, car il n'intéresse nullement l'adversaire de celui qui réclame un avoué. L'avoué désigné lui-même n'a aucun intérêt à le faire réformer; les scrupules et les répugnances qui pouvaient l'empêcher de prêter à une partie son ministère spontané doivent se calmer devant l'ordonnance qui, rendant ce ministère obligatoire, lui en ôte la responsabilité.

Enfin l'avoué ne pourrait, par un appel, retarder le moment où il sera forcé de faire les poursuites, les droits du client qu'on lui impose pourraient être compromis et le but de la loi serait manqué.

Ainsi, tout en reconnaissant avec M. le procureur général Dupin, qui porta la parole dans cette affaire, qu'une opposition ne peut être portée que devant le juge qui a rendu la sentence, d'où il suit qu'elle ne pourrait l'être devant le tribunal lorsqu'il s'agit d'une ordonnance du président, et que le tribunal ne pourrait non plus connaître de l'appel, parce qu'il n'est point juridiction supérieure à l'égard de son président, nous blâmons la déci-

sion de la cour suprême en ce qu'elle admet la possibilité de l'appel.

Ni appel, ni opposition, ni aucune voie de recours; ainsi l'ont toujours jugé, en matière d'ordonnance de bref délai, la cour de Colmar, 17 avril 1817 (J. A., t. VII, p. 227), et 18 décembre 1827 (J. A., t. XXXVII, p. 108); de Paris, 6 juillet 1830 (J. A., t. XXXIX, p. 205); de Douai, 31 octobre 1835 (J. A., t. L, p. 65), et 18 août 1836 (J. A., t. LII, p. 377).

La plupart des auteurs néanmoins adoptent et soutiennent le sentiment de la cour de Rome (1). Ce sont MM. Favard de Langlade, t. I, p. 146; Delaporte, t. I, p. 88; Thomine-Desmazures, t. I, p. 176; Boncenne, t. II, p. 161, et Boitard, t. I, p. 314.

M. Boncenne développe surtout son opinion avec beaucoup de force et de vivacité; nous le concevons d'autant moins, de la part de cet auteur, qu'il permet sans difficulté au demandeur d'abréger, de sa propre autorité, les délais de l'assignation, sans que cette irrégularité puisse jamais, d'après lui, être une cause de nullité.

Et ce qu'il pouvait faire de son propre mouvement, sans crainte de voir annuler son exploit, il ne le pourra plus lorsque le président, usant de sa prérogative légale, le lui aura permis?

Il sera exposé à voir attaquer l'ordonnance, l'assignation, et tomber toute sa procédure? La contradiction est palpable!

Il est vrai que M. Boncenne, comme la cour de Limoges, les 29 novembre 1832 et 4 janvier 1834 (J. A., t. LIV, p. 96), s'appuie principalement sur la violation des règles qui prescrivent l'essai de conciliation; règles que nous reconnaissons avec lui être d'ordre public. Mais, qu'on le remarque bien, il ne s'agit pas ici d'une règle d'ordre public essentielle, nécessaire, fondamentale, mais d'un principe accidentellement introduit dans notre législation, sans nécessité bien constatée, et qui, existant aujourd'hui, peut disparaître demain, sans que la société ait à en souffrir.

Ainsi, l'indispensable nécessité de ce préliminaire n'est fondée que sur des dispositions de lois positives; si d'autres dispositions de mêmes lois établissent directement ou indirectement des exceptions dans tel cas donné, ce ne sera point violer l'ordre public que de profiter de cette dispense; or nous décidons que la dispense existe de droit en faveur des causes que le président permet d'introduire à bref délai. Si la loi a accordé à ce magistrat, comme nous croyons l'avoir démontré, un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'urgence de la cause, les effets de ce pouvoir doivent s'étendre à toutes les suites naturelles de sa décision.

Au reste, quand nous adopterions avec M. Boncenne la possibilité d'un recours, nous ne consentirons jamais à dire comme lui que l'opposition doit être portée devant le tribunal, lorsque la décision attaquée a été rendue par le président ou par le juge : nous dirions, au contraire, et par la raison que nous empruntions tout à l'heure à M. le procureur général Dupin, que ces magistrats eux-mêmes sont seuls compétents, comme l'a jugé la cour de Rouen, le 9 février 1829 (J. A., t. XL, p. 8), à l'égard de l'ordonnance du président portant commission d'un juge pour recevoir un interrogatoire, ou avec celle de Paris, le 27 mai 1830 (J. A., t. XXXIX, p. 305), qu'il faut se pourvoir par appel devant la cour.

L'opposition est destinée à faire voir au juge qu'il s'est trompé ou qu'on l'a trompé; lorsqu'on s'adresse à une autre juridiction, ce n'est pas une opposition, c'est un appel. Or, l'appel ne peut être porté que devant une juridiction supérieure.

Concluons que les actes de la juridiction gracieuse ne sont susceptibles d'aucun recours.

La cour de Bruxelles a fait l'application de ce principe à l'ordonnance d'envoi en possession d'un légataire universel, le 3 janvier 1823 (*Journal de cette cour*, t. I de 1823, p. 157). C'est aussi ce que nous avions décidé dans une consultation dont nous venons de reproduire en grande partie les arguments.

Quant à l'ordonnance portant règlement des qualités, elle n'est pas un acte de juridiction gracieuse; puisqu'elle est rendue entre les deux parties, les principes particuliers ne lui sont pas applicables.

Cependant une dernière objection peut se prendre de ce que l'art. 2 du titre 35 de l'ordonnance de 1667 permettait de *se pourvoir par simple requête, à fin d'opposition* contre les jugements et arrêts... même donnés sur requête; d'où il suivrait que l'opposition ne répugne pas, comme le suppose notre système, à la nature de ce jugement.

Mais M. Poncet, dont l'opinion sur la question qui nous occupe est parfaitement conforme à notre théorie, fait observer avec beaucoup de justesse, dans son *Traité des Jugements*, t. I, p. 287, n° 159, que les cas où il pouvait être rendu des décisions sur requête non communiquée n'étaient pas clairement définis par l'ancienne loi; « que les

(1) Arrêt du 2 mai 1811, J. A., t. IV, p. 47.

tribunaux souverains, notamment, qui jouissaient alors d'une autorité bien plus étendue que les nôtres, ne faisaient pas de difficulté de rendre des décisions quelquefois très-importantes, sur de simples requêtes non signifiées, en sorte que la loi avait dû fournir aux parties dans cet état de choses un remède contre les abus qu'une telle pratique pouvait entraîner : ce remède était celui de l'opposition sur requête. »

Mais aujourd'hui que les pouvoirs des tribunaux ont été restreints dans d'infranchissables limites, et que la loi a eu soin d'indiquer les seuls cas où elle suppose inutile la présence de la partie, les seuls cas dont elle attribue la connaissance à la juridiction gracieuse, aucun arbitraire, aucun inconvénient n'étant plus à craindre, elle a dû supprimer la voie de recours, et, en effet, la disposition précise de l'ordonnance ne se trouve pas dans notre Code, elle est donc abrogée, ce qui fournirait, au besoin, un argument de plus à la thèse que nous soutenons.

Ainsi toutes les fois que la loi autorise une décision sur requête, ou partie non appelée, sans réserver formellement une voie de recours, cette voie n'a pas lieu.

M. Poncet cite pour exemple les cas des art. 29, 49, 72, 259, 297, 307, 325, 364, 417, 511, 841 du C. proc. civ.

« Quant au jugement, ajoute-il, qui ordonnerait la rectification des actes de l'état civil, ou quelque mesure relative aux biens des absents, la loi porte expressément, à l'égard des uns, qu'ils ne sont pas applicables aux tiers, et, à l'égard des autres, que si l'absent vient à reparaître, l'effet de tout jugement autre que ceux qui ne font que conserver ses droits, cesse à l'instant même, et par le seul fait de son retour ; ce qui rend encore inutile toute voie d'attaque. »

Enfin le même auteur fait observer qu'il est des circonstances où la loi autorise expressément, comme elle le doit, l'opposition contre les jugements ou ordonnances rendus d'office, ou sur requêtes non signifiées.

On peut donner pour exemple le jugement de condamnation rendu contre l'avoué en retard de remettre la pièce communiquée (art. 192, C. proc. civ.), et la décision par laquelle un juge-commissaire prononce des peines contre le témoin défaillant à une enquête (art. 263, C. proc. civ.).

La raison donnée par M. Poncet, c'est que l'avoué sachant bien qu'il doit rendre les pièces, le témoin ayant été cité et n'ignorant pas qu'il doit se rendre devant le juge-commissaire, ils sont censés avoir consenti un quasi-contrat qui les soumet aux peines dont l'inaccomplissement de leur devoir est passible; d'où il suit que, quoique absents, ils sont véritablement parties, mais parties défaillantes, au jugement qui les condamne.

Ces exceptions ne font par conséquent que confirmer la règle.

(*Journal des Avoués.*)

LIII.

Lorsqu'un immeuble vendu ou donné est revendu par suite d'une surenchère, l'acquéreur évincé n'est pas fondé à demander que des créanciers à hypothèque générale, antérieurs à son acquisition, soient colloqués d'abord, en tout ou en partie, sur le prix d'autres biens expropriés sur la tête du débiteur principal, afin que cet acquéreur puisse profiter de la partie du prix de la revente qui demeure libre, préférablement à d'autres créanciers du débiteur principal qui n'auraient acquis des hypothèques qu'après l'acte d'aliénation de l'immeuble surenchéri. (Trouillet c. Repellin, 12. nov. 1834; Sirey, 1835, 811.

OBSERVATIONS PAR M. RODIÈRE.

Cette affaire soulevait les questions les plus graves que présente notre régime hypothécaire, si peu élaboré par le législateur; et les solutions, implicites ou explicites, que ces

questions ont reçues dans l'arrêt de la cour suprême, sont loin d'être satisfaisantes.

Bien des systèmes ont été émis sur les droits respectifs des créanciers à hypothèque générale et des créanciers à hypothèque spéciale auxquels, sous beaucoup de rapports, ainsi qu'on le verra, les acquéreurs doivent être assimilés. Comme il serait trop long de discuter en détail chacun de ces systèmes, nous nous bornerons à exposer les règles qui nous semblent les plus justes dans cette importante matière, sachant fort bien d'ailleurs qu'on peut trouver dans les auteurs et les arrêts un grand nombre de décisions contraires (1).

Nul doute que l'hypothèque générale ne s'étende indistinctement sur tous les biens qui appartiennent au débiteur; nul doute que la force de cette hypothèque ne soit aussi grande sur chacun de ces immeubles que sur tous ensemble.

Mais on reconnaîtra aussi que le créancier à hypothèque générale ne peut avoir aucun sujet de se plaindre, lorsqu'il est payé *intégralement et sans retard dans le lieu même qu'il a choisi*, de quelque manière que ce payement soit ensuite imputé à l'égard des autres créanciers. On reconnaîtra aussi qu'un créancier à hypothèque conventionnelle ne doit pas supposer que le créancier à hypothèque générale ira choisir, pour se faire payer, un seul des immeubles de son débiteur.

Ce créancier doit seulement considérer l'avoir immobilier de son débiteur comme diminué d'une somme égale au montant de l'hypothèque générale, somme qui se répartit, *par la force même des choses*, sur chacun des biens qui composent cet avoir, proportionnellement à leur valeur. Si les prêteurs pouvaient supposer à l'hypothèque générale d'autres effets, il serait presque impossible d'obtenir, sur une hypothèque spéciale, le moindre prêt.

A la vérité, les prêteurs peuvent exiger que le débiteur fasse d'abord réduire l'hypothèque générale; mais les besoins de ce débiteur sont quelquefois tellement urgents qu'il n'a pas le temps de recourir à cette mesure toujours trop longue et trop coûteuse pour lui. Que si le prêteur exige alors une hypothèque conventionnelle sur tous les immeubles, l'inconvénient est cent fois pire encore pour le débiteur; car cette hypothèque, n'étant jamais soumise à la réduction, consomme la ruine de son crédit.

Du reste, entre divers créanciers à hypothèque spéciale inscrits sur des immeubles différents, on ne doit jamais avoir égard à l'antériorité des inscriptions. Chacun n'a eu qu'à dresser le bilan de l'immeuble qui lui était affecté, sans s'occuper des autres immeubles; chacun a dû mettre, par approximation, au passif de ce bilan, une part du montant de l'hypothèque générale, proportionnelle à la valeur de cet immeuble, comparée à la valeur présumée des autres biens : chacun a dû supposer que les autres immeubles, soumis à des hypothèques spéciales, devaient avoir une valeur assez grande pour acquitter, non-seulement la part proportionnelle que ces immeubles devaient supporter dans l'hypothèque générale, mais encore le montant des hypothèques spéciales, sans que les créanciers ayant ces dernières hypothèques pussent jamais recourir, directement ou indirectement, sur d'autres immeubles au préjudice d'autres créanciers inscrits (2).

Ces points posés, examinons les divers droits du créancier à hypothèque conventionnelle.

Et d'abord, tant que l'immeuble qui lui est spécialement affecté n'a pas été l'objet de poursuites immobilières de la part du créancier à hypothèque générale, nous pensons qu'il peut, en vertu de l'art. 1166, C. civ., faire réduire l'hypothèque générale aux autres biens du débiteur, en supposant que ces derniers biens soient suffisants et qu'ils ne soient pas aussi affectés, en seconde ligne, à des créanciers qui auraient intérêt à repousser la réduction.

Il pourra exercer le même droit si les pour-

(1) V. notamment l'arrêt de la cour de cassation du 4 mars 1833, dans l'affaire de la Caiss. hyp. c. la dame Navailles.

(2) M. Troplong, dans son savant *Traité des Hypothèques*, n° 757, paraît n'avoir pas eu suffisamment égard à ces raisons, quand, dans le concours de deux créanciers à hypothèque conventionnelle inscrits sur des immeubles différents et primés également par une hypothèque générale, il reconnaît au premier inscrit de ces créanciers le droit de se faire subroger à l'hypothèque générale en en payant le montant, pour la faire porter ensuite en totalité sur l'immeuble affecté spécialement au créancier dernier inscrit; tandis que, malgré la généralité des termes de l'art. 1251, n° 1, C. civ., il refuse à ce dernier créancier un droit analogue. Du reste, il peut se faire que le créancier premier inscrit, en faisant porter l'hypothèque générale sur l'immeuble affecté à un créancier moins ancien, fasse venir en rang utile un créancier moins ancien encore dont l'hypothèque conventionnelle serait postérieure à celle du créancier qui a en même temps l'hypothèque générale; et dans ce cas le système de M. Troplong serait d'une application bien difficile.

suites ont été commencées par un autre créancier sans que la saisie immobilière ait encore été notifiée au créancier à hypothèque générale (1).

Mais, dès que les poursuites sont commencées par ce dernier, ou dès que la saisie pratiquée par un autre créancier lui est dénoncée, le créancier à hypothèque spéciale ne peut plus demander la réduction, parce que ce serait retarder le moment où le créancier à hypothèque générale doit s'attendre à recevoir le remboursement de sa créance.

En pareil cas, si les autres biens du débiteur sont situés dans d'autres arrondissements, le créancier à hypothèque spéciale pourra-t-il demander que le créancier à hypothèque générale reporte son hypothèque, en totalité ou même en partie, sur ces autres biens? Il est certain que non.

D'un côté, en effet, si ces biens n'ont pas encore été saisis, ou s'ils ont été saisis, mais que la saisie immobilière ou l'ordre soient moins avancés pour ces biens que pour l'immeuble grevé de l'hypothèque spéciale, le créancier à hypothèque générale peut opposer qu'il lui importe de recevoir son payement le plus promptement possible.

D'un autre côté, quand bien même la procédure de saisie ou l'ordre seraient plus avancés pour ces biens que pour l'immeuble grevé de l'hypothèque spéciale, le créancier à hypothèque générale peut encore objecter qu'il a intérêt à recevoir son payement intégral dans un certain lieu plutôt qu'à le recevoir dans un autre lieu, et surtout qu'à le recevoir dans deux lieux différents qui peuvent être très-éloignés l'un de l'autre; et cet intérêt, réel, ou du moins possible, suffit pour légitimer son choix.

Le créancier à hypothèque spéciale, pour prévenir les effets funestes qu'entraînerait pour lui le choix du créancier à hypothèque générale, n'a d'autre ressource alors que de désintéresser ce dernier créancier, et d'obtenir ainsi la subrogation légale que l'article 1251, n° 1, C. civ., accorde à celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques.

Mais, quant aux effets que cette subrogation légale doit produire, il faut distinguer entre le cas où le créancier subrogé ne rencontre plus que des créanciers chirographaires, et le cas où il se trouve en conflit avec d'autres créanciers hypothécaires.

Dans le premier cas, il peut faire porter la totalité de l'hypothèque générale sur tel immeuble du débiteur que bon lui semble, pour dégager l'immeuble grevé de l'hypothèque spéciale et faire produire à cette dernière hypothèque tout son effet. Les créanciers chirographaires ne peuvent s'opposer à ce classement, parce qu'ils n'ont suivi que la foi de la personne.

Mais il en est autrement dans le deuxième cas.

Il serait contraire à la raison et à la loi d'accorder au créancier légalement subrogé le droit de faire porter en totalité l'hypothèque générale sur des immeubles affectés spécialement à d'autres créanciers.

Ce serait contraire à la raison, car la subrogation que ce créancier a obtenue n'établit aucune confusion entre ses deux hypothèques. Or, s'il s'est prévalu de la disposition de l'art. 1251, n° 1, C. civ., pour acquérir une subrogation légale aux droits du créancier à hypothèque générale, les autres créanciers à hypothèque spéciale pourraient le désintéresser à son tour en lui payant le montant de cette même hypothèque, car ils se trouveraient aussi dans les termes de l'art. 1251 C. civ. : et comme ces offres successives faites par chacun des créanciers à hypothèque spéciale à celui d'entre eux qui se trouverait momentanément aux droits du créancier à hypothèque générale, seraient également bien fondées, on ne peut voir d'autre issue possible à cet étrange combat que de répartir proportionnellement l'hypothèque générale sur chaque immeuble du débiteur.

Il serait, d'ailleurs, *contraire à la loi* d'autoriser celui qui a acquis l'hypothèque générale par subrogation, à la faire porter en entier sur des immeubles autres que ceux qui lui ont été spécialement affectés; car on pourrait lui objecter qu'il n'était dans les termes de la subrogation légale que parce que l'hypothèque générale *primait* son hypothèque conventionnelle, et qu'en faisant porter ensuite l'hypothèque générale sur d'autres immeubles, il se place dans un cas tel que cette hypothèque ne prime plus l'hypothèque spéciale, c'est-à-dire qu'il se place en dehors de

(1) M. Troplong, n° 750, oppose que, dans l'art. 2161, il est dit seulement que l'action en réduction est ouverte *au débiteur*, mais ces mots *au débiteur* étaient exigés par la contexture grammaticale de la phrase, et n'impliquent pas nécessairement un sens restrictif contraire au principe général de l'art. 1166, qui doit dès lors prévaloir.

la condition essentielle de la subrogation légale qu'il invoque. S'il veut donc demeurer dans les termes de cette subrogation, il faut qu'il reporte, pour quelque partie, l'hypothèque générale sur l'immeuble grevé de l'hypothèque spéciale; et comme la fixation de cette part ne peut être abandonnée à son caprice, elle doit être déterminée par la valeur proportionnelle de tous les immeubles.

A la vérité, le créancier qui désintéresse le créancier à hypothèque générale pourra quelquefois obtenir de lui une subrogation expresse; mais s'il voulait attribuer à cette subrogation conventionnelle des effets plus étendus qu'à la subrogation légale, il pourrait, à son tour, devenir victime d'une combinaison analogue; car il aurait toujours à craindre la seconde espèce de subrogation dont parle l'art. 1250, n° 2, C. civ., subrogation qui s'opère sans le concours de la volonté du créancier, et que d'autres créanciers à hypothèque spéciale ne manqueraient pas de provoquer en offrant une prime au débiteur; en sorte que l'avantage resterait toujours, en définitive, au créancier le plus riche ou le plus astucieux. Or il paraît impossible d'admettre une doctrine qui amène un résultat aussi immoral.

Ainsi, quand un débiteur a des immeubles dans plusieurs arrondissements, le créancier à hypothèque générale primitif, peut poursuivre la saisie immobilière ou demander sa collocation dans l'arrondissement qu'il lui plaît de choisir : mais, dès que cette hypothèque générale est passée, par la voie de la subrogation légale ou conventionnelle, sur la tête d'un créancier à hypothèque spéciale, celui-ci qui n'a pas pu traiter, dans le principe, en vue des effets légaux d'une hypothèque qu'il n'avait point et qu'il n'a acquise, plus tard, que par nécessité, ne mérite plus la même faveur que le créancier originaire : il doit dès lors, *par la force même des choses*, souffrir que cette hypothèque se répartisse proportionnellement tant sur l'immeuble qui lui est affecté que sur les immeubles affectés à d'autres créanciers; et pour que cette part proportionnelle soit aussi faible que possible, il ne manquera pas de poursuivre tous les immeubles grevés de l'hypothèque générale, en sorte que son intérêt même l'engagera à provoquer une répartition parfaitement équitable pour tous les créanciers à hypothèque conventionnelle.

Mais lorsque les immeubles grevés de l'hypothèque générale et les immeubles hypothéqués spécialement sont tous situés dans le même arrondissement, le créancier, même primitif, qui a une hypothèque générale, ne peut alléguer aucun intérêt *légitime* pour faire porter son hypothèque sur un seul des immeubles de cet arrondissement (1).

Aussi, lorsqu'il saisit un seul immeuble affecté spécialement à un autre créancier, ce dernier, sans être obligé de le désintéresser, peut, si sa créance est reconnue exigible, saisir lui-même les autres immeubles du débiteur et faire réunir les saisies, pourvu qu'il se trouve encore dans les termes des art. 719 et 720, C. proc.; car le danger imminent qu'il court le place dans le cas d'exception prévu par l'art. 2209, C. civ., où le créancier peut exproprier même les biens qui ne lui sont pas spécialement affectés.

Que s'il n'est plus à temps à faire réunir les saisies, il devra recourir à la subrogation légale en désintéressant le créancier à hypothèque générale, et cette subrogation produira alors, à l'égard des autres créanciers à hypothèque conventionnelle, les résultats qu'on a indiqués.

Mais s'il est parvenu à faire réunir les saisies, ou que, par une autre cause, tous les biens du débiteur situés dans le même arrondissement soient vendus conjointement, ou qu'après des adjudications séparées les ordres soient joints, le créancier primitif à hypothèque générale ne peut pas plus dans ce cas que les créanciers subrogés ne le peuvent dans les cas qu'on a déjà vus, faire porter exclusivement son choix sur le prix d'un seul des immeubles vendus.

Si, parmi ces immeubles, il en est qui ne soient grevés d'aucune hypothèque spéciale, ou dont les hypothèques spéciales laissent libre une partie du prix superieure à la part proportionnelle que ces immeubles devraient supporter vis-à-vis du créancier à hypothèque générale, ce créancier devra d'abord absorber ce prix ou ce restant de prix, et ce sera seulement le surplus de son hypothèque qui se répartira sur les autres immeubles.

Quant à ces derniers immeubles, l'hypothèque générale doit se répartir de la manière

(1) Il ne peut plus dire, comme dans la précédente hypothèse, qu'il a intérêt à recevoir son payement dans un lieu plutôt que dans un autre; car qu'on poursuive la vente d'un seul immeuble ou la vente de tous, il est certain que le payement de tous les créanciers hypothécaires se fera dans le même lieu dès que les immeubles sont situés dans le même arrondissement.

qu'on a indiquée plus haut, soit que le créancier, dans son acte de produit, n'ait fait aucune désignation, soit qu'il en ait fait quelqu'une : car, comme sa désignation ne peut changer ni le lieu ni le moment où il sera payé, elle ne peut être dictée que par deux motifs que les tribunaux doivent proscrire avec une égale sévérité, savoir : un sentiment de défaveur pour quelques-uns des créanciers à hypothèque spéciale, et de faveur pour les autres, ou un concert frauduleux avec ces derniers.

Cependant il est un cas où le créancier à hypothèque générale *primitif* peut avoir un très-grand intérêt à faire un semblable choix, c'est quand il a reçu du débiteur une hypothèque spéciale postérieure à l'hypothèque générale, et relative à une autre dette.

Alors, en effet, il peut dire qu'il n'aurait pas fait un nouveau prêt au débiteur s'il n'avait eu l'intention de reporter la totalité de son hypothèque générale sur d'autres immeubles.

Cependant, ici même, il faut faire une distinction. Résulte-t-il explicitement ou implicitement, du contrat où l'hypothèque spéciale est établie, que le prêteur a renoncé à faire jamais valoir son hypothèque générale sur l'immeuble affecté spécialement, quand bien même cette hypothèque spéciale s'éteindrait plus tard, ou passerait entre les mains d'autres créanciers par l'effet de quelque subrogation légale ou conventionnelle, à laquelle il serait demeuré étranger? Nul doute alors que ce créancier ne puisse, ou plutôt qu'il ne soit obligé, sous peine de perdre l'utilité de son hypothèque générale, de la faire porter sur des immeubles autres que celui qui lui est spécialement affecté.

Mais si, au contraire, il a entendu conserver l'entier effet de son hypothèque générale, on ne voit pas trop sur quoi il se fonderait pour empêcher qu'un autre créancier à hypothèque conventionnelle ne vînt primer la sienne, au moins en partie, en lui remboursant, aux termes de l'art. 1251, n° 1, C. civ., l'entier montant de son hypothèque générale. On ne voit pas trop non plus pourquoi il pourrait, quand cette subrogation n'a pas eu lieu, faire dans l'intérêt de son hypothèque conventionnelle ce qu'il ne peut pas faire dans l'intérêt d'une hypothèque semblable, appartenant à un autre créancier.

Cependant cette doctrine que nous croyons juste peut, nous en convenons, sembler rigoureuse dans le cas que nous venons de supposer.

Mais, ce qui est incontestable, c'est qu'elle est aussi équitable que juste, dans le cas où c'est un créancier ayant déjà une hypothèque conventionnelle qui acquiert l'hypothèque générale, puisque, ainsi qu'on l'a déjà dit, ce créancier n'a pu, au moment où il traitait avec le débiteur, compter sur les avantages et les effets d'une hypothèque qu'il n'avait pas et qu'il ne songeait certainement pas à acquérir.

Permettre au créancier à hypothèque conventionnelle qui a payé le premier le montant de cette hypothèque générale, de la faire porter ensuite en totalité sur les immeubles affectés aux autres créanciers, comme l'a fait la cour de cassation, dans son arrêt du 4 mars 1833, c'est fournir aux riches capitalistes un moyen facile de mettre leurs intérêts à couvert, en assurant la ruine complète d'autres créanciers qui étaient trop pauvres pour désintéresser en totalité le créancier à hypothèque générale; c'est traiter avec une défaveur aussi injuste qu'odieuse ces créanciers si nombreux qui, par le défaut de collocation de leur hypothèque conventionnelle, peuvent perdre tout leur avoir.

Ajoutons, pour compléter cette première branche de notre discussion, que comme la division de l'hypothèque générale sur les prix divers des adjudications ne doit jamais tourner au détriment du créancier, celui-ci, quand il craint que la revente d'un des immeubles sur folle enchère ne puisse compromettre, en donnant lieu à une adjudication pour un prix moins élevé, la répartition qu'on fait de sa créance sur cet immeuble, peut demander un sursis aux distributions des autres prix ou, au moins, la mise en réserve d'une certaine somme, jusqu'à ce qu'il ait pu recevoir le montant de cette répartition, de l'adjudicataire dont il suspecte la solvabilité.

Ajoutons encore que tout ce que nous avons dit des créanciers à hypothèque générale s'applique aux créanciers qui ont une hypothèque spéciale sur plusieurs immeubles vendus conjointement quand ils veulent faire porter leur hypothèque sur le prix d'un seul.

Après avoir examiné les droits des créanciers à hypothèque spéciale, examinons ceux des acquéreurs.

Et d'abord, les acquéreurs peuvent-ils, dans les mêmes cas que les créanciers à hypothèque spéciale, demander la réduction des hypothèques générales qui s'étendent aux immeubles par eux acquis? L'affirmative semble incontestable au moins à l'égard des acquéreurs à titre onéreux, avant même qu'ils soient troublés dans leur possession. C'est une de ces mesures conservatoires que l'art. 1180, C. civ., autorise les créanciers à prendre, quoique la condition ne soit pas encore accomplie.

De plus, si l'acquéreur est poursuivi par

un créancier à hypothèque générale, il peut, aux termes de l'art. 2170, invoquer le bénéfice de discussion dans les cas et suivant les conditions dont parle cet article, et, sous ce rapport, il se trouve dans une position bien plus avantageuse encore que le créancier à hypothèque spéciale.

Enfin, dans le cas où l'immeuble qu'il a acquis est exproprié sur sa tête en même temps que les autres biens du débiteur principal, en supposant qu'il ne puisse plus se prévaloir, par analogie, de l'art. 2170, il peut au moins user, *à fortiori*, des mêmes droits que le créancier à hypothèque spéciale, car, tandis que ce dernier n'a à défendre qu'un droit d'hypothèque sur l'immeuble, qui se convertit en gage sur le prix, celui-là défend son droit de propriété sur la chose, qui se convertit en droit de propriété sur le prix.

Mais, dans le cas où l'acquéreur n'est pas exproprié faute d'avoir payé, délaissé ou purgé, mais bien évincé par l'effet d'une surenchère, continue-t-il, nonobstant cette surenchère, d'être propriétaire de l'immeuble, et partant, après la vente, doit-il être considéré comme propriétaire du prix?

L'affirmative résulte, 1° de l'art. 2187 qui dit que la vente sur enchère doit avoir lieu à la diligence soit du créancier qui l'a requise, soit du *nouveau propriétaire,* ce qui montre que cette qualité de propriétaire ne cesse pas, par l'effet de la surenchère, d'appartenir à l'acquéreur; 2° de l'art. 2189 qui dispose que l'acquéreur ou le donataire qui se rend dernier enchérisseur n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication, sans doute parce que ce jugement ne contient pas un nouveau titre de propriété, mais seulement la confirmation d'un titre préexistant; 3° de l'art. 2190, qui suppose que le désistement du créancier requérant la mise aux enchères, donné du consentement exprès de *tous les autres créanciers hypothécaires*, c'est-à-dire évidemment de tous les autres créanciers qui auraient eu le droit d'enchérir, et de ceux-là seulement, empêche l'adjudication.

D'un autre côté, la raison seule dit assez, ce semble, que dans les cas rares où, après le payement de tous les créanciers, il reste un excédant sur le prix de l'adjudication qui a suivi la surenchère, il est plus juste d'accorder cet excédant à l'acheteur ou au donataire, que de n'accorder rien à celui-ci, et de ne donner à celui-là qu'une action en garantie contre un vendeur tombé presque toujours dans l'insolvabilité. L'art. 744, C. proc., qui prive le fol enchérisseur de l'excédant du prix, quand il y en a, ne saurait s'appliquer aux acquéreurs ou donataires, qui sont beaucoup plus favorables, et qui, à la différence des adjudicataires, ne tiennent pas leurs droits d'une disposition de la loi qu'une autre disposition de la loi peut détruire, mais bien de la volonté du propriétaire que la surenchère des créanciers inscrits ne peut changer.

Appliquant ces principes à l'affaire Trouillet, l'arrêt de la cour royale qui était soumis à la cour suprême présentait matière à censure sous deux rapports :

1° Cet arrêt supposait à tort que le sieur Trouillet n'était qu'un simple créancier chirographaire, puisqu'il était propriétaire du prix d'adjudication de l'immeuble surenchéri;

2° Si cette qualité ne lui donnait pas le droit d'invoquer l'exception de discussion que l'article 2170 permet au tiers détenteur d'opposer pour empêcher la vente de l'immeuble hypothéqué, ce qui est déjà fort douteux, au moins l'autorisait-elle à réclamer une répartition proportionnelle des hypothèques générales qui étaient antérieures à son acquisition, tant sur le prix de l'immeuble surenchéri que sur le prix de l'autre immeuble vendu sur la tête de son vendeur; et la cour royale, en imputant ces hypothèques sur le prix du premier immeuble pour que les hypothèques postérieures à l'acquisition du sieur Trouillet pussent produire leur entier effet sur le second, avait faussement appliqué l'art. 2114, C. civ.

(*Revue de Législation.*)

LIV.

DE L'APPEL EN MATIÈRE CORRECTIONNELLE ET DE POLICE.

REVUE DE LA JURISPRUDENCE

PAR ADOLPHE CHAUVEAU ET FAUSTIN HÉLIE.

§ Ier. *Quels jugements sont susceptibles d'appel?*

L'appel est une voie de recours commune aux jugements de police et aux jugements des tribunaux correctionnels. Mais des principes différents en règlent l'exercice à l'égard des uns et des autres.

Sous l'empire de la constitution de l'an III et du Code du 3 brumaire an IV, tous les jugements des tribunaux de simple police étaient en dernier ressort et ne pouvaient être attaqués que par voie de cassation. Le législateur a modifié une prohibition aussi absolue : il a considéré que si les condamnations de simple police n'impriment, en général, aucune flétrissure, et si le droit d'appeler dans tous les cas serait un présent funeste aux parties, ces motifs n'ont pas la même puissance lorsque la peine revêt un certain caractère de gravité; et les deux degrés de juridiction sont alors un droit dont on ne doit pas priver arbitrairement les parties. Aux termes de l'art. 172, C. instr. cr., les jugements de police ne peuvent être attaqués par la voie de l'appel que lorsqu'ils prononcent un emprisonnement ou une condamnation pécuniaire excédant cinq francs, outre les dépens. Cet article a donc dérogé, pour les cas qu'il a expressément déterminés, à la règle générale suivie jusqu'alors; mais il l'a maintenue dans tous les cas qu'il n'a pas compris dans cette exception; d'où il suit que les jugements de police ne sont susceptibles d'appel que dans les cas strictement spécifiés par la loi (1).

On doit décider, par une conséquence de ce principe, que c'est l'objet de la condamnation et non l'objet de la demande qui règle si le jugement est susceptible d'appel; en d'autres termes, que la recevabilité de l'appel se juge non d'après les conclusions des parties, mais d'après les condamnations prononcées. La raison en est dans les termes de l'art. 172, qui donnent pour base au droit d'appel l'emprisonnement *prononcé* et les amendes et réparations civiles *encourues*. Cependant cette règle fut pendant quelque temps controversée (2); mais toute incertitude a cessé à cet égard, et la jurisprudence n'offre aucune dissidence sur ce point (3).

D'après la même règle, les jugements qui n'excèdent pas, en amendes et en réparations civiles, une somme de cinq francs, sont en dernier ressort, soit que la partie civile ait conclu à des dommages-intérêts de plus de

(1) Arr. cass. 10 avril 1812.

(2) Voy. *Bourguignon*, Man. d'instr. crim., sur l'art. 172; *Carnot*, Comm. du C. d'instr. crim., tom. Ier, p. 496; *Legraverend*, tom. II, p. 350.

(3) Arr. cass. 26 mars 1813, 5 sept. 1811, 10 avril 1812, 29 janv. 1813.

cinquante francs (1), soit que la condamnation soit le résultat d'une fausse application de la loi pénale (2), soit enfin que le jugement soit une déclaration d'incompétence (3), ou que le tribunal de police ait sursis à statuer (4).

Mais si la condamnation prononcée, soit en amendes, soit en réparations, excède la valeur de cinq francs, l'appel est de droit (5) : tels sont les jugements qui, outre l'amende de cinq francs, condamnent le contrevenant à remplir une condition d'une valeur indéterminée, comme l'enlèvement de matériaux déposés sur la voie publique (6), la démolition d'ouvrages faits en contravention à un règlement de voirie (7), ou la confection de certains travaux (8). Ces diverses décisions n'offraient aucun doute sérieux ; mais l'ordre de ne plus commettre telle voie de fait à l'avenir, de ne pas récidiver, ne pourrait être considéré comme une condamnation d'une valeur inappréciable ou indéterminée, et ne donnerait pas ouverture à l'appel du jugement (9).

L'appel d'un jugement qui a prononcé une amende de cinq francs et un emprisonnement, doit-il être déclaré non recevable, par le motif que cette condamnation est la suite d'une fausse application de la loi? La négative est évidente, puisque la disposition de l'article 172 est générale et absolue ; que la nécessité de son exécution n'est point subordonnée au caractère du moyen par lequel le jugement peut être attaqué, et qu'elle dépend uniquement de la nature et de la quotité de la condamnation qu'il prononce (10).

On doit remarquer que la loi n'excepte que les dépens de la fixation qu'elle fait de la somme de cinq francs pour déterminer la qualité de premier ou de dernier ressort du jugement rendu (11) ; que le montant des amendes doit être supputé avec les réparations civiles ; et que la loi ne distinguant point entre les réparations, la confiscation, qui est aussi une réparation civile, est nécessairement comprise dans le compte qui sert à fixer la nature du jugement (12).

Néanmoins cette règle, qui rend susceptibles d'appel tous les jugements qui prononcent une condamnation supérieure à cinq francs, reçoit une exception dans le cas où la contravention a été portée devant le tribunal correctionnel : ce tribunal, si le renvoi devant le juge de police n'a pas été requis, statue en dernier ressort (art. 192, C. instr. crim.). C'est ainsi qu'il a été jugé que l'appel d'un jugement correctionnel qui a statué sur une simple contravention n'est recevable qu'autant qu'il est articulé que les faits ont été mal appréciés (13). C'est encore ainsi qu'il a été reconnu que lorsque des prévenus ont été traduits devant le tribunal correctionnel sous la double prévention d'un délit correctionnel et d'une contravention de police, et n'ont été déclarés coupables que de la contravention, l'appel n'est pas recevable (14).

Telles sont les principales règles qui servent à discerner quels jugements de simple police sont susceptibles d'appel. Les deux classes de jugements qui viennent d'être définies n'existent point en matière correctionnelle. Aux termes de l'art. 199, tous les jugements rendus en cette matière peuvent être attaqués par la voie de l'appel ; mais cette disposition, quelque générale et absolue qu'elle soit, fait naître cependant une question grave.

La voie de l'appel s'applique-t-elle non-seu-

---

(1) Arr. cass. 20 fév. 1823.

(2) Arg. de l'arr. cass. 11 fév. 1819.

(3) Arr. cass. 31 déc. 1818, 18 juill. 1817, 24 juill. 1829, rapp. dans notre art. 209.

(4) Arr. cass. 25 juin. 1824.

(5) Arr. cass. 11 sept. 1818.

(6) Arr. cass. 9 août 1828.

(7) Arr. cass. 8 janv. 1830, ainsi conçu : « Attendu, sur le premier moyen de pourvoi, fondé sur ce que l'appel du jugement du tribunal de police n'était pas recevable, puisqu'il ne prononçait pas une amende supérieure à la somme de cinq francs ; qu'aux termes de l'art. 172, C. instr. crim., les jugements de police peuvent être attaqués par la voie de l'appel lorsque les amendes, restitutions et autres réparations civiles excéderont la somme de cinq francs ; que le jugement attaqué par cette voie prononçait non-seulement une amende de cinq francs, mais encore la démolition de tous les travaux faits en contravention, ce qui élevait les condamnations prononcées à une somme supérieure à celle déterminée par l'arrêt précité : — Rejette. »

(8) Arr. cass. 3 mai 1833, ainsi conçu : « Sur le deuxième moyen, tiré de ce que le jugement n'ayant prononcé qu'une amende d'un franc, l'appel était non recevable suivant l'art. 172, C. instr. crim. : Attendu qu'en outre l'amende d'un franc prononcée contre les demoiselles Cabrillon, le jugement du tribunal de police leur a ordonné d'ouvrir un fossé sur leur propriété, conformément au tracé qui serait fait par le maire, parce que, faute par elles de faire ce travail dans le délai de huit jours, le maire était autorisé à le faire exécuter à leurs frais et dépens ; — que cette deuxième disposition constitue une condamnation d'une valeur indéterminée, et rend dès lors sans application l'art. 172 : — Rejette. »

(9) Arr. cass. 30 juillet 1825.

(10) Arr. cass. 11 fév. 1819.

(11) Arr. cass. 24 juillet 1828.

(12) *Legraverend,* tom. II, pag. 350.

(13) Arr. cass. 24 avril 1829, rapporté dans notre art. 244.

(14) Arr. cass. 4 août 1832.

lement aux jugements interlocutoires et définitifs, mais encore aux jugements qui sont simplement préparatoires? Cette distinction, établie par l'art. 451 du C. de proc. civ., doit-elle s'étendre aux matières correctionnelles? M. Legraverend a soutenu la négative, en se fondant sur ce que la procédure criminelle est essentiellement distincte de la procédure civile; que les règles applicables à l'une ne peuvent être appliquées à l'autre, et que le Code d'instr. crim. n'établit aucune restriction au droit d'appel des jugements correctionnels (1). Mais cette opinion n'a point été adoptée par les autres criminalistes (2), et la jurisprudence y a constamment résisté (3). La distinction établie entre les jugements préparatoires et ceux qui sont définitifs domine toute la législation; non-seulement elle existe dans l'art. 451, C. pr. civ., on la retrouve encore dans l'art. 416, C. d'instr. crim. L'appel des jugements préparatoires en matière correctionnelle serait donc une anomalie dans la loi; et aucun motif ne justifierait cette exception, puisque l'appel de ces jugements, d'ailleurs essentiellement provisoires et qui ne préjugent pas le fond, entraînerait des retards qu'on doit surtout éviter dans une matière qui exige une grande célérité.

Mais il en est autrement des jugements interlocutoires, parce qu'ils préjugent le fond, et des jugements qui prononcent sur la compétence, parce qu'ils ont le caractère de jugements définitifs. La question de savoir si un jugement est purement préparatoire, ou s'il préjuge le fond n'est pas toujours d'une solution facile. Nous recueillons dans la jurisprudence quelques exemples qui peuvent servir de règle à cet égard.

La cour de cassation a considéré comme ayant un caractère définitif, et par suite comme susceptibles d'appel, 1° le jugement qui ordonne que la partie civile fera les frais d'une expertise ordonnée pour vérifier si le lieu d'une saisie est ou non hors de la ligne des douanes (4); 2° le jugement qui ordonne une nouvelle instruction à l'égard d'un prévenu précédemment acquitté par le jury (5); 3° le jugement qui raye une cause du rôle en décidant que la partie civile ne peut procéder sans l'assistance d'un avoué (6); 4° le jugement qui statue sur une exception préjudicielle et renvoie les parties à fins civiles (7).

Mais le jugement qui ordonne l'apport d'une pièce ne constitue qu'un jugement préparatoire et d'instruction, dont l'appel ne peut être interjeté qu'après le jugement définitif, et conjointement avec l'appel dirigé contre le jugement (8). La jurisprudence va plus loin encore à l'égard du jugement qui refuse d'accorder à un prévenu sa liberté provisoire, en décidant qu'un tel jugement n'est susceptible d'aucun appel. Mais cette solution ne se fonde pas tant sur ce qu'un jugement de cette nature ne préjuge pas le fond, que sur ce que l'art. 114, C. inst. crim., a conféré à la chambre du conseil le pouvoir discrétionnaire d'ordonner ou de refuser la mise en liberté (9).

Mais, et c'est ici une autre différence qui distingue les jugements correctionnels des jugements de police, les premiers peuvent toujours être attaqués par appel lorsqu'ils déclarent l'incompétence du tribunal (10); mais il est nécessaire que le tribunal saisi ait statué sur cette question avant d'en faire un moyen d'appel (art. 539, C. inst. crim.). Ainsi l'appel pour cause d'incompétence d'une ordonnance du juge d'instruction ne serait pas recevable si l'incompétence n'avait pas été présentée à ce juge (11). Cependant le ministère public ne serait pas déchu du droit de former appel pour incompétence du tribunal correctionnel, parce qu'il n'aurait pas fait opposition à l'ordonnance de la chambre du conseil qui renvoyait l'affaire en police correctionnelle; car le droit d'appel est établi en sa faveur d'une manière générale et absolue, et la loi n'a nulle part prononcé de déchéance pour le cas dont il s'agit (12).

Au reste, l'appel est recevable encore bien que les premiers juges aient déclaré par erreur statuer en dernier ressort (13). Il est évident que les parties ne peuvent être privées du droit qu'elles tiennent de la loi par suite de l'erreur du juge. Nous avons vu plus haut que cette décision s'appliquait également aux jugements de simple police.

(1) *Législat. crim.*, tom. II, pag. 398. — Arr. Limoges, 12 mai 1826.
(2) M. Carnot, sur le C. d'instr. crim., tom. I, pag. 564 et 565; M. Bourguignon, sur l'art. 199.
(3) Arr. cass., 2 août 1810, 1 février 1811 et 8 thermidor an XIII. Ces arrêts, quoique rendus sous l'empire du Code de brumaire, conservent leur autorité, puisque l'art. 199, C. instr. crim., n'est que la reproduction de l'art. 192 du Code de l'an IV. — Arr. cass., 24 août 1832, rapp. dans notre art. 931.
(4) Arr. cass., 1 fév. 1811.
(5) Arr. cass., 8 therm. an XIII.
(6) Arr. cass., 17 fév. 1826.
(7) Arr. cass., 25 nov. 1826.
(8) Arr. cass., 11 août 1826.—22 janvier 1825.
(9) Arr. Colmar, 16 décembre 1814.
(10) Arr. cass., 4 sept. 1813, 31 janv. 1817.
(11) Arr. cass., 6 fév. 1830, rapp. dans notre art. 360.
(12) Arr. cass., 4 sept. 1813; 30 mars 1816.
(13) Arr. cass., 23 messidor an XII; 4 août 1826.

Peut-on appeler d'un jugement qui déclare qu'il y a partage? Cette question neuve a été résolue affirmativement par arrêt du 24 août 1832. Le principe posé en l'art. 12, tit. XXV, de l'ordonnance de 1670, portant qu'en cas de partage l'avis le plus doux doit prévaloir, est applicable aux matières correctionnelles comme aux matières criminelles, puisqu'aucune disposition du Code n'y fait obstacle. Un jugement de partage équivaut donc à un acquittement; et dès lors une telle décision, loin d'avoir un caractère purement préparatoire, est définitive entre les parties; l'appel est de droit.

Il nous reste à examiner, dans ce premier article, sur quels jugements le droit d'appel conféré au ministère public peut s'exercer.

Et d'abord les jugements de simple police sont-ils sujets à l'appel du ministère public? Cette question a été vivement controversée. M. Legraverend (1) et M. Carnot (2) enseignent que le ministère public a le droit d'appeler des jugements de police dont les condamnations excèdent cinq francs. Cette opinion nous semble formellement repoussée par le texte et la loi : c'est aux parties condamnées seules que l'art. 172 donne le droit d'appel; le ministère public n'a, aux termes de l'article 177, que la voie du recours en cassation. Placez ces dispositions en présence des art. 199 et 202, qui s'appliquent aux matières correctionnelles, et cette interprétation devient plus évidente encore; car ici le droit du ministère public est clairement formulé, la loi en règle l'exercice; tandis qu'à l'égard des jugements de police elle reste muette. Et comment concilier l'appel du ministère public, qui agit dans l'intérêt de la vindicte publique, avec cette disposition qui ne soumet à l'appel que les condamnations les plus rigoureuses, les peines les plus graves? De sorte que le ministère public pourrait appeler du jugement qui lui aurait adjugé ses conclusions ou les aurait dépassées, et se trouverait privé de ce droit quand il y aurait acquittement, ou que la condamnation serait inférieure à ses réquisitions. Au reste, l'opinion que nous soutenons, adoptée par plusieurs criminalistes (3), a été consacrée par la jurisprudence, qui n'a même jamais varié sur ce point (4).

Il n'existe aucun obstacle à ce que le ministère public interjette appel d'un jugement rendu conformément à ses conclusions (5); mais peut-il exercer ce droit à l'égard d'un jugement auquel il a formellement acquiescé? La solution de cette question dépend de savoir si la théorie de l'acquiescement peut se concilier avec les principes de la législation criminelle. La cour de cassation n'a pas hésité à le penser; mais elle a établi à cet égard une distinction que nous ne saurions admettre : si le prévenu acquiesce au jugement qui le condamne, il est déchu de l'appel; l'acquiescement du ministère public, au contraire, ne peut jamais lui être opposé (6). Cette double solution qui relève l'une des parties de la déchéance, tandis qu'elle en frappe l'autre, nous paraît inconciliable avec les principes du droit et de l'équité. Ce n'est point ici le cas d'invoquer la maxime *unicuique licet juri in favorem suum introducto renuntiare* : cette règle peut être opposée aux voies de recours en matière civile, qui ne sont établies que dans l'intérêt des parties; encore, même en matière civile, est-il des exceptions à cette règle (7). Mais les règles de la juridiction criminelle reposent sur un intérêt public : les voies de recours contre les jugements ne sont point ouvertes dans le seul intérêt du prévenu, mais dans celui de la société, qui, s'il n'est pas coupable, a intérêt à la révision du jugement. C'est donc le cas d'appliquer la règle *jus publicum privatorum pactis non potest immutari*. Sur quels motifs s'appuie la cour de cassation en décidant que le procureur du roi qui a acquiescé au jugement peut néanmoins former appel dans les délais? Sur ce que le droit d'appel étant conféré à ce magistrat dans l'intérêt de la société, son acquiescement ne peut en paralyser l'exercice. Mais les mêmes motifs ne s'appliquent-ils pas au condamné? Ainsi que nous l'avons déjà dit dans notre art. 274, en examinant l'arrêt du 5 novembre 1829, les délais de l'appel n'ont-ils pas été créés pour donner au prévenu le temps de rassembler et de peser ses moyens de défense, et pour que la société ne fût pas blessée par une injuste condamnation? On ne peut donc restreindre ces délais dans les limites plus étroites que ne l'a fait la loi. Opposer au prévenu un acquiescement prématuré quand la voie de l'appel n'est pas encore fermée, et qu'un nouveau témoignage, l'exhibition d'une pièce, peuvent changer la face de l'affaire, ce

(1) *Législat. crim.*, tom. II, pag. 346.
(2) *Comm. sur le C. d'instr. crim.*, tom. I, pag. 502.
(3) Voy. M. Bourguignon, *Jurispr. des Codes crim.*, tom. Ier, pag. 395.
(4) Arr. cass., 22 juillet 1818; 24 fév. 1827.
(5) Arr. cass., 25 fév. 1813; 11 juin 1825.
(6) Arr. cass., 2 fév. 1827; 5 nov. 1829, rapp. dans notre art. 274.
(7) Toullier, tom. IX, pag. 50.

serait déroger à une règle de droit public. L'exécution intermédiaire et prématurée à laquelle le prévenu a consenti est essentiellement provisoire; son caractère définitif reste soumis à la condition résolutoire de l'exercice du droit d'appel pendant le délai légal (1).

A plus forte raison, au surplus, faut-il décider que l'appel est recevable de la part du ministère public près le tribunal supérieur ou la cour royale, nonobstant l'acquiescement du procureur du roi près le tribunal qui a rendu le jugement (2).

§ II. *Quelles personnes peuvent appeler.— De l'appel des prévenus et de leurs fondés de pouvoir, des parties responsables et civiles, des administrations publiques, et du ministère public.*

La faculté d'appeler des jugements rendus en police correctionnelle appartient, 1° aux prévenus et aux parties responsables qui ont été condamnées; 2° à la partie civile, quant à ses intérêts civils seulement; 3° à l'administration forestière et aux administrations fiscales, dans les affaires relatives à leurs intérêts; 4° au procureur du roi du tribunal dont le jugement est émané; 5° au procureur général près la cour royale et au procureur du roi du tribunal où l'appel doit être porté, lorsque cet appel n'est pas déféré à la cour royale (art. 202, C. inst. cr.).

L'exercice de ce droit, dans ces divers cas, n'est pas soumis aux mêmes conditions et n'a pas des effets identiques. Nous examinerons dans un autre paragraphe quels sont ces effets et ces conditions. Notre but est d'établir dans celui-ci dans quelles limites la loi a circonscrit la faculté d'appeler.

Le vœu de la loi est que l'appel soit interjeté par la partie elle-même qui a intérêt à le relever. Cependant il peut l'être également par un fondé de pouvoir, puisque la loi n'a point dérogé sur ce point au droit commun d'après lequel on peut faire par un mandataire tout ce qu'on est intéressé à faire par soi-même et dans son intérêt personnel. Mais à cet égard quelques difficultés se sont élevées. La cour de cassation avait décidé, sous l'empire du Code des délits et des peines, qu'il n'était pas nécessaire d'avoir un pouvoir spécial du condamné, pour interjeter appel en son nom. Ce pouvoir n'était exigé que pour signer et déposer la requête d'appel (3). Il est à remarquer que les art. 203 et 204, C. d'inst. crim., moins explicites encore que les art. 194 et 195 du Code de brumaire, n'ont également maintenu la nécessité d'un pouvoir que pour la signature de la requête d'appel. Cependant la jurisprudence exige un mandat spécial non-seulement pour la signature de la requête, mais aussi pour la déclaration d'appel faite au nom du prévenu (4).

Les motifs de cette opinion ont été expliqués par M. Legraverend : « Aux termes des art. 31 et 65 du C. d'inst. cr., dit cet auteur, un mandat spécial est nécessaire pour la plainte qui est le principe de l'action; il faut donc un mandat semblable pour l'appel qui en est la suite et le complément. Le Code d'instr. crim. exige ce mandat spécial pour la signature de la requête contenant les moyens d'appel. Comment ne serait-il pas nécessaire, pour la déclaration même d'appel, qui est un acte bien plus important pour les parties, un acte dont la requête de griefs n'est qu'un accessoire, un acte dont l'effet est de donner juridiction au tribunal qui doit statuer sur l'appel (5) ? »

On pourrait induire de ces réflexions, et de la jurisprudence même de la cour de cassation, que le mandat à l'effet de signer la requête n'est pas suffisant pour déclarer l'appel. Nous ne pensons pas que telle ait été l'intention du législateur. Il faut d'abord remarquer que si la loi n'a parlé de la nécessité du pouvoir qu'à l'occasion du dépôt de la requête, c'est que ce n'est qu'alors que le mandataire est tenu de justifier de son mandat et de le produire. Mais si de là on ne peut conclure, comme l'a fait observer Legraverend, que *toute personne* puisse interjeter l'appel, sauf à faire signer la requête par un fondé de pouvoir, on ne peut non plus en tirer la conséquence qu'il faut un double pouvoir et pour déclarer l'appel et pour signer la requête. L'un ou l'autre de ces pouvoirs suffit pour attribuer au mandataire la capacité de faire ces deux actes. Il est évident, en effet, que le mandat de présenter une requête sur appel délègue implicitement le pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire pour la validité de l'appel, et par conséquent de le déclarer; et,

---

(1) Voyez, sur cette question, arr. cass., 11 juillet 1806, 16 juin 1809, 29 juillet 1813, 16 janvier 1824, 2 février 1827.

(2) Arr. cass., 2 août 1815, 15 décembre 1814, 17 juin 1819, 2 février 1827.

(3) Arr. cass., 29 ventôse an x.

(4) Arr. cass., 12 septembre 1812.

(5) *Traité de lég. cr.*, t. II, p. 400, 3e éd.

dans une autre hypothèse, le pouvoir de déclarer l'appel emporte essentiellement celui de signer la requête. Toute autre interprétation serait d'une rigueur excessive, car, en matière criminelle, les voies de recours, favorables à la défense et à la manifestation de la vérité, doivent plutôt être étendues que restreintes (1).

Mais lorsque le prévenu n'interjette pas lui-même appel du jugement qui l'a condamné, la nécessité d'un pouvoir est une règle générale et sans exception. C'est d'après ce principe qu'il a été successivement décidé, 1° que l'appel émis par l'un des prévenus, non muni des pouvoirs de ses co-prévenus, n'est pour ceux-ci d'aucune utilité (2); 2° que l'avocat qui a assisté le prévenu dans sa défense est sans qualité pour interjeter appel en son nom (3).

Toutefois, l'appel interjeté par un avoué du tribunal même sans mandat, doit être réputé valable, parce que la qualité d'avoué au tribunal qui a rendu le jugement, suppose, jusqu'à désaveu, le mandat spécial d'appeler (art. 204, C. inst. crim.) (4). La cour de cassation a même jugé que l'appel relevé par un avoué sans mandat est valable, alors même que cet avoué n'a pas occupé dans l'instance correctionnelle pour celui au nom duquel l'appel est déclaré (5).

Le mandat doit être *spécial*. Ainsi, une procuration qui contiendrait le pouvoir d'agir dans l'intérêt du prévenu, et de le défendre en justice jusqu'à sentence définitive, ne serait pas suffisante (6). Cependant il n'est pas nécessaire que le mandat ait été donné spécialement pour l'affaire qui est la matière de l'appel. Car, en droit commun, une procuration est considérée comme spéciale non-seulement quand elle a pour objet une affaire nommément désignée, mais encore lorsqu'elle se rapporte aux affaires d'une certaine nature (art. 1987, C. civ.); il suffirait donc que la procuration portât d'une manière générale le pouvoir d'appeler de tous jugements (7).

Si elle avait été donnée avant la naissance du procès, l'appel serait-il valable? La cour de cassation a résolu négativement cette question (8); mais nous ne pouvons admettre cette interprétation restrictive, évidemment contraire à la règle qui vient d'être posée. La loi n'exige qu'un mandat spécial, et tel est le caractère du mandat qui donne pouvoir d'appeler de tous jugements. Mais elle n'a point demandé que ce mandat fût donné uniquement en vue du procès.

Cette nécessité d'un pouvoir spécial doit-elle être imposée au père qui interjette appel au nom de son fils? Il résulte, des termes de l'art. 202, que la faculté d'appeler est personnelle, qu'elle n'appartient qu'aux parties ou à leurs fondés de pouvoir. Il faut donc être partie au procès, y être appelé ou y intervenir selon les règles légales, pour être admis à attaquer ou à défendre dans un intérêt quelconque. Sans doute un père a un puissant intérêt à conserver intact l'honneur de son fils : mais peut-on induire de cet intérêt d'affection qu'il ait le droit d'appeler d'un jugement qui n'a rien prononcé contre lui-même, et dans une contestation à laquelle il n'a point été appelé? La loi n'a point fait exception à la règle qu'elle a tracée, et telle est la solution que la cour de cassation a consacrée (9). Mais si le prévenu était mineur, cette solution devrait se modifier. Car le père, par la puissance qu'il exerce sur ses enfants mineurs, est de droit leur fondé de pouvoir spécial pour toutes les affaires qui les concernent; il a donc qualité pour appeler en leur nom des jugements de condamnation rendus contre eux en matière correctionnelle. Un autre motif est que, d'après l'art. 1384, C. civ., un père est responsable des dommages-intérêts qui peuvent être prononcés contre son enfant mineur; il est donc sous ce rapport partie nécessaire au procès, et dès lors le droit d'appel doit lui être conféré (10).

Faut-il appliquer la même règle au mari qui interjette appel au nom de sa femme? On jugeait dans l'ancien droit que le père, le mari, le tuteur, étaient recevables à poursuivre les délits commis envers les personnes qui étaient sous leur puissance, et cette décision n'éprouverait assurément aucune difficulté sous la législation actuelle. Un père peut donc rendre plainte du délit commis envers son fils mineur, le mari de celui commis à l'égard de sa femme. Or, si un mari peut

(1) Cette opinion est également professée par M. Dalloz, *Jur. gén.*, v° *Appel*, § II. — *V.* aussi arr. cass., 29 prairial an IX.

(2) Arr. cass., 15 mai 1812, 16 mars 1815 et 8 octobre 1829.

(3) Arr. cass., 8 octobre 1829.

(4) Arr. cass., 18 mai 1821.

(5) Arr. cass., 13 avril 1813.

(6) Arr. cass., 12 septembre 1812.

(7) Arr. cass., 28 janvier 1813. — *V.* M. Merlin, *Rép.* v° *Procuration*.

(8) Arr. cass., 3 septembre 1806.

(9) Arr. cass., 28 janvier 1813.

(10) Arr. cass., 2 juin 1821. — Arr. Metz, 7 avril 1821.

agir au nom de sa femme, à plus forte raison ce droit doit-il être accordé lorsqu'il s'agit de repousser une plainte formée contre elle, d'appeler d'une décision qui l'a condamnée. Car ce n'est pas là, dit Carnot, plaider par procureur (1). La même solution s'appliquerait au tuteur vis-à-vis de son pupille (2).

Celui qui a été admis à prendre les faits et cause d'un prévenu, et auquel le jugement a réservé toutes actions récursoires contre lui, est recevable à en interjeter appel, car son intérêt à faire réformer ce jugement est incontestable, et il a figuré comme partie au procès (3).

La faculté d'interjeter appartient également à la partie civile (art. 202, C. inst. crim.). L'art. 193, du Code du 3 brumaire an IV avait attribué ce droit à la *partie plaignante*, et de cette expression trop vague était née la question, si la partie plaignante qui déclarait ne pas se rendre partie civile pouvait appeler. La cour de cassation l'avait décidée négativement (4), et à plus forte raison, que la partie lésée qui n'a pas porté plainte n'était pas recevable à se pourvoir par appel (5). Ces questions ne seraient aujourd'hui susceptibles d'aucune incertitude, puisque la loi a formellement limité la faculté d'appel au plaignant qui s'est constitué *partie civile*.

Son appel n'est point subordonné à celui du ministère public. La faculté d'agir par action directe et celle d'appeler lui sont accordées par la loi, indépendamment de l'action du ministère public (6). Mais cet appel ne peut porter que sur les chefs du jugement qui sont relatifs à la lésion qu'il a éprouvée. Car la loi circonscrit son droit *à ses intérêts civils seulement* (7). Le silence du prévenu et du ministère public donne aux autres chefs, relatifs à l'application de la peine, le caractère de la chose jugée. Cependant nous examinerons plus loin, en suivant les effets de l'appel, si cette solution n'est pas dans quelques cas susceptible de difficultés.

L'appel est-il recevable si la partie civile qui l'a formé n'est pas intervenue en première instance? La cour de cassation a jugé la négative (8), et nous ne pouvons que partager son opinion. La partie civile peut intervenir même en appel, lorsque cet appel a été formé, soit par le prévenu, soit par le ministère public. Mais il est impossible d'admettre qu'elle puisse, en se constituant, après que l'acquiescement de toutes les parties a revêtu le jugement de première instance du caractère de la chose jugée, faire revivre un procès qui lui est étranger, puisqu'elle n'y a pas figuré, et se plaindre d'un jugement qui n'a point eu à statuer sur ses demandes.

Les administrations publiques sont investies, en leur qualité de parties civiles, du droit d'interjeter appel. Nous verrons toutefois dans un prochain article que les effets de leur appel ne sont pas les mêmes que ceux d'une partie civile ordinaire.

Le droit attribué à l'administration forestière par l'art. 202, a été défini par les art. 183 et 184 du C. for., desquels il résulte que les agents de l'administration des forêts peuvent en son nom interjeter appel des jugements; mais que ce droit est indépendant de la même faculté qui est accordée par la loi au ministère public. Celui-ci peut donc toujours en user même lorsque l'administration ou ses agents auraient acquiescé aux jugements et arrêts : ce dernier point était, au reste, hors de doute avant la promulgation du Code forestier, et à défaut d'un texte qui le décidât, la jurisprudence l'avait fait dérouler du principe général qui place l'action publique indépendante et libre entre les mains des magistrats (9). Il reste à rechercher quels sont les agents de l'administration forestière qui ont mission de former appel. L'art. 183 du Code forestier ne confère ce droit qu'aux *agents* de cette administration ; or la définition de cette qualification se retrouve dans l'art. 11 de l'ord. réglementaire du 1er août 1827, qui ne l'attribue qu'aux conservateurs, inspecteurs, sous-inspecteurs et gardes généraux. Cette distinction résulte d'ailleurs de la nature même des fonctions confiées à ces divers préposés; ceux qui viennent d'être énumérés sont chargés de la direction et du service administratif, tandis que les gardes n'ont qu'un ministère de surveillance, et doivent se borner à constater les délits et à transmettre les procès-verbaux aux agents de l'administration (10).

Il suit de là qu'un garde à cheval n'a pas qualité pour relever appel d'un jugement

(1) M. Carnot cite dans ce sens un arrêt de la cour de cassation du 3 septembre 1808, que nous avons vainement recherché dans les recueils. *V.* t. Ier p. 585.

(2) *V.* M. Carnot, *ibid.*

(3) Arr. cass., 11 juin 1831.

(4) Arr. cass., 8 prairial an XI.

(5) Arr. cass., 13 mars 1806.

(6) Arr. cass., 17 mars 1814.

(7) Avis du conseil d'État du 12 nov. 1806; arr. cass., 1er. mai 1818, 29 juillet 1819, 13 avril 1820, 26 février 1826, 7 juillet 1827.

(8) Arr. cass., 13 mars 1806.

(9) Arr. cass., 9 mai 1807.

(10) Arr. cass., 11 juin 1829.

rendu en faveur d'un délinquant, et ce point a été confirmé par la cour de cassation (1). Mais l'appel serait-il recevable si ce garde avait été autorisé par un agent supérieur, s'il avait reçu mandat à cet effet? La cour de cassation a jugé affirmativement cette question (2); mais son arrêt étant antérieur au Code forestier, et les droits et la qualité des agents de l'administration n'étaient point définis à cette époque dans des termes aussi précis. Le droit d'interjeter appel est un droit personnel : il ne peut être exercé que par ceux à qui la loi l'a expressément delégué ; à la vérité, une partie civile peut, de même que le prévenu, charger un fondé de pouvoir d'appeler en son nom. Mais l'administration forestière n'est point une partie civile ordinaire ; l'effet de son appel n'est point restreint à ses intérêts civils, il s'étend aux intérêts de l'ordre public et de la répression des délits; et dès lors, puisque la loi a restreint le droit d'appeler à ceux de ses agents qui sont présumés avoir le plus de lumières, il convient que cette limite ne soit pas excédée. Si la jurisprudence tolérait ces pouvoirs donnés à des agents inférieurs, si elle en reconnaissait la validité, la conséquence de cette décision serait de transporter successivement aux mains des préposés les plus infimes, une faculté dont la loi n'a distribué l'exercice qu'avec un sage discernement.

Les autres administrations publiques ne sont pas soumises aux mêmes règles que l'administration des forêts. Les appels des jugements correctionnels, rendus en matière de contributions indirectes, se règlent d'après les lois spéciales de cette matière. Les art. 203 et 204, C. inst. crim., lui sont donc tout à fait étrangers, et c'est dans l'art. 32 du décret du 1er germinal an XIII qu'il faut rechercher la forme et les délais de ce recours (3).

L'appel en matière de douanes est également soumis à des formes spéciales que prescrivent l'art. 6 de la loi du 14 fructidor an III et 14 de celle du 9 floréal an VII. La jurisprudence a successivement reconnu le droit d'interjeter appel, dans les affaires de douanes, à un receveur par *interim* (4), à un premier visiteur (5), à un lieutenant de douanes (6), enfin au premier commis d'un bureau de recettes (7). La simple signature du préposé de la régie des douanes, au bas de la requête contenant les moyens d'appel, suffit sans qu'il soit besoin d'y joindre son pouvoir (8).

Mais ce sont là des exceptions. Les autres administrations publiques, telles que la loterie, les postes, l'université, rentrent dans les règles du droit commun. Elles peuvent interjeter appel, mais seulement quand elles se sont constituées parties civiles, et quant à leurs intérêts civils seulement; le soin de poursuivre les delits qui peuvent les léser est remis au ministère public. Ainsi, lorsque ce magistrat a gardé le silence après le jugement de première instance, et que leur unique intérêt est de faire prononcer une amende qui est une peine et non une réparation civile, leur appel est non recevable.

La cour de cassation a adopté cette règle, à l'égard d'un appel relevé par l'administration de la loterie, d'un jugement qui n'avait appliqué que l'emprisonnement et non l'amende à un prévenu de loterie clandestine. La cour de Lyon avait jugé cet appel non recevable, parce que le délit de loterie clandestine est d'ordre public, que l'amende n'est point prononcée au profit de la régie; que dès lors elle n'a aucun intérêt comme partie civile et à titre d'intérêt civil, et que la peine ne pourrait être aggravée que sur l'appel du ministère public. Sur le pourvoi de la régie, cet arrêt a été confirmé par la cour de cassation (9).

Il nous reste à parler de l'exercice du droit d'appel par le ministère public. Des règles simples et précises régissent cet exercice. Aux termes de l'art. 202, cette faculté est déposée aux mains du procureur du roi près le tribunal de première instance et du ministère public du tribunal qui doit connaître de l'appel; mais la jurisprudence de la cour de cassation, constante sur ce point, l'a étendue au procureur général dans toute l'étendue de son ressort. Cependant aucun texte précis ne confère cette faculté à ce magistrat, lorsque l'appel est porté à un autre lieu qu'au chef-lieu de la cour royale. Ce n'est donc que par induction et par une conséquence des principes qui régissent le ministère public que cette attribution a été établie. La cour de cassation a pensé que le procureur général

(1) Arr. cass., 11 juin 1829.
(2) Arr. cass., 31 janvier 1824.
(3) Arr. cass., 15 et 29 frim. an XIV, 25 janvier et 30 mai 1806, 21 mars et 3 septembre 1808, 23 mars 1809, 23 novembre 1810, 12 avril 1811, 13 août 1813, 18 décembre 1819, 8 août 1822, etc.
(4) Arr. cass., 25 brumaire an VII.
(5) Arr. cass., 9 prairial an VII.
(6) Arr. cass., 26 thermidor an VIII.
(7) Arr. cass., 6 juin 1811.
(8) Arr. cass., 2 germinal an VIII.
(9) Arr. cass., 30 novembre 1821.

avait droit d'appeler par cela seul que la loi accorde ce droit à l'un de ses substituts; elle s'est fondée également sur l'art. 43 de la loi du 20 avril 1810, qui confère au chef du parquet, d'une manière générale et absolue, l'action de la justice criminelle dans toute l'étendue de son ressort (1). Cette interprétation, extensive, quelque temps contestée, paraît être devenue une règle générale dans l'administration de la justice criminelle.

Les substituts du procureur du roi ont-ils, comme les procureurs du roi, eux-mêmes, la faculté d'appeler des jugements correctionnels en leur propre nom? La jurisprudence de la cour de cassation a varié sur ce point; mais aujourd'hui le droit des substituts n'est plus contesté parce qu'ils sont investis, comme les procureurs du roi, de la puissance du ministère public, et surtout parce qu'ils sont présumés agir en l'absence du chef du parquet, et que leurs attributions, lorsqu'ils le remplacent, sont les mêmes que celles qui appartiennent à ces magistrats (2).

§ III. *Des délais dans lesquels les appels doivent être formés en matière de simple police et de police correctionnelle; dans quels cas les appels doivent être déclarés non recevables ou surannés; des appels incidents.*

Les délais de l'appel ne sont pas soumis aux mêmes règles en matière de simple police et en matière correctionnelle. Dans le premier cas, la règle est uniforme; le délai est sans exception fixé à dix jours, et ce délai court, dans tous les cas, du jour de la signification du jugement, soit que ce jugement ait été rendu contradictoirement ou par défaut (art. 174, C. d'inst. crim.). En matière correctionnelle, au contraire, le délai de l'appel est loin d'être uniforme; limité à dix jours à l'égard des prévenus, des parties civiles et du procureur du roi du tribunal qui a rendu le jugement, il s'étend jusqu'à deux mois en faveur du procureur du roi du tribunal d'appel ou du procureur général (art. 205, C. d'inst. crim.). Ce délai ne commence pas non plus à la même époque; il se compte du jour de la prononciation du jugement, si ce jugement est contradictoire, et seulement de celui de la signification s'il a été rendu par défaut; enfin, si le jugement a été notifié par le prévenu au ministère public du tribunal d'appel, cet appel, qui dans ce cas est restreint au délai d'un mois, court du jour de cette notification (art. 205, C. d'inst. crim.).

Peu de difficultés se sont élevées à l'égard des délais de l'appel en matière de police: les règles simples qui établissent ces délais, le petit nombre des appels, la prohibition d'appeler imposée au ministère public, écartent les questions qui hérissent cette matière de difficultés à l'égard des appels conventionnels.

On avait conçu quelques doutes sur le point de savoir si la signification d'un jugement faite par une partie peut faire courir le délai contre elle et la forclore (3). La négative nous paraît évidente: la loi n'a voulu faire courir le délai de l'appel, à dater de la signification, que contre celui à qui cette signification est faite. La partie au nom de laquelle elle est faite conserve ses droits jusqu'à ce que la même formalité ait été remplie à son égard.

Une question plus grave est de savoir si le délai accordé pour interjeter appel court contre le prévenu condamné par défaut, en même temps que le délai qui lui est accordé pour former opposition. Cette question, commune aux matières de police correctionnelle, a longtemps partagé la jurisprudence et les criminalistes. On opposait au texte des art. 174 et 203, C. d'inst. crim., l'avis du conseil d'État approuvé le 18 février 1806 (4), qui pose en principe, conformément à l'art. 433 du Code de procédure civile, que l'appel des jugements par défaut n'est recevable que du jour où l'opposition cesse de l'être. Legraverend pense que cette règle doit conserver toute son autorité: « Le Code d'instruction criminelle, dit-il, quoique postérieur à l'avis du conseil d'État, n'a pu déroger à un principe reconnu et déclaré commun à tous les cas où cette opposition est admise; il s'est nécessairement référé à ce principe, en indiquant en termes

(1) Arr. cass., 1er. juillet 1813 et 14 mars 1817.
(2) Arr. cass., 29 mars 1822.
(3) Arr. cass., 25 janvier 1806.
(4) « Quant à la deuxième question sur laquelle la jurisprudence de la cour de cassation n'est pas aussi constante, l'avis est que l'appel étant une voie introduite pour faire réformer les erreurs des premiers juges, on ne doit y recourir que lorsque la partie lésée n'a plus les moyens de les faire revenir eux-mêmes sur leur jugement; que l'appel ne doit donc être ouvert que lorsqu'on a perdu le moyen plus simple de l'opposition; que c'est pour cela que, dans le projet du Code de procédure civile, il est dit que le délai pour interjeter appel des jugements par défaut ne court que du jour où l'opposition n'est plus recevable. » Av. cons. d'Ét. app. le 18 février 1806.

exprès la voie de l'opposition comme un moyen d'attaquer les jugements par défaut, et il peut être douteux que, dans les matières de police comme dans les matières correctionnelles, le délai de l'appel ne doit courir que du jour où l'opposition n'est plus recevable (1). » Bourguignon a complétement adopté cette opinion (2), qui a, au contraire, été vivement combattue par Carnot (3). Cette controverse a cessé d'avoir un intérêt actuel : le système soutenu par Carnot a été confirmé par la jurisprudence constante et invariable de la cour de cassation (4), et nous ne connaissons même aucun arrêt émané d'une autre cour qui ait adopté l'opinion contraire. Ce système s'appuie, au surplus, sur ce que l'avis du conseil d'État, du 11-18 février 1806, antérieur au Code d'instruction criminelle, a dû cesser d'être en vigueur depuis la publication de ce Code; que l'art. 443, C. proc. civ., est étranger à la procédure criminelle, soumise à des formes et à des règles particulières; enfin, que les art. 174 et 203, C. inst. crim., déclarent formellement la déchéance des appels qui n'auraient pas été faits dix jours après la notification des jugements par défaut.

Il est de principe que le délai de l'appel n'est pas recevable, et que sa déchéance doit être déclarée s'il n'a pas été interjeté précisément dans les dix jours qui suivent celui où le jugement a été prononcé. Quelques tribunaux avaient pensé, en appliquant les règles du droit civil, que l'appel déclaré le onzième jour était recevable. On disait, à l'appui de ce système, que l'art. 203, avait entendu laisser à l'appelant la latitude de dix jours entiers et complets pour délibérer s'il interjetterait ou non son appel; que. conséquemment, ce n'était qu'à leur terme que le délai fatal devait expirer, d'où l'on concluait que l'appel pouvait encore être reçu le onzième jour. Mais la réponse est que les règles du droit civil, qui excluent de la computation des délais *à quo* et le jour *ad quem*, ne s'appliquent pas aux matières criminelles où ils sont calculés avec plus de rigueur, et que de ces expressions de la loi, *dix jours au plus tard*, il résulte que le onzième jour est exclu du délai fixé par la loi. La cour de cassation s'est constamment prononcée dans ce dernier sens (5).

Mais cette règle a été appliquée, dans quelques cas, avec une sévérité que les termes de la loi ne justifient pas suffisamment. C'est ainsi qu'un arrêt du 28 août 1812, a décidé que le délai de dix jours est tellement rigoureux, que si le dernier jour du délai est un dimanche, jour où le greffe est fermé, l'appel interjeté le lundi n'est pas recevable (6). C'est encore ainsi qu'il a été reconnu que la déchéance ne peut être couverte ni réparée par aucun acte de procédure, et que le tribunal ne peut se dispenser de la prononcer, alors même que le ministère public ne l'aurait pas requise à la première audience où l'affaire a été présentée (7).

Cependant, et par une sorte de contradiction, la cour de cassation a reconnu que l'appel du ministère public était recevable, alors même qu'il n'avait été interjeté qu'après le délai, si, précédemment et devant le tribunal de première instance, il avait demandé acte de la réserve qu'il faisait de déclarer cet appel (8). Cette décision est évidemment contraire à la règle précédemment posée, et le texte de l'art. 203, résiste d'ailleurs à cette interprétation. Car, aux termes de cet article, l'appel n'est admissible qu'autant que la déclaration d'appeler *a été faite au greffe* du *tribunal* dix jours au plus tard après celui où le jugement a été prononcé. Or, si cette règle est rigoureusement appliquée aux parties condamnées, elle doit l'être avec la même sévérité au ministère public, et comme des réserves qui n'ont d'autre effet dans cette hypothèse que de manifester l'intention d'accomplir une formalité, ne peuvent tenir lieu de cette formalité elle même, il s'ensuit qu'elles ne peuvent suspendre la déchéance que la loi a prononcée dans tous les cas et sans la faire suivre d'aucune exception.

La même règle de solution doit s'appliquer au cas où plusieurs prévenus ont interjeté appel dans le délai utile, tandis qu'un coprévenu a formé tardivement cet appel. Il est évident que ce dernier ne peut être relevé de la déchéance par le fait de ses coprévenus qui lui est étranger. La déchéance, de même que la faculté d'appel, est personnelle à chacune des parties (9).

Une difficulté grave, pour la computation des délais, est de savoir quels jugements sont réputés contradictoires ou rendus par défaut.

(1) *Législ. cr.*, t. II, p. 354.
(2) *Jurispr. des Codes crim.*, sur l'art. 150.
(3) Commentaire des art. 174 et 203.
(4) Arr. cass., 19 février 1823, 22 janvier 1825, 6 mai 1826, 31 mai 1833.
(5) Arr. cass., 26 vendémiaire an IX, 17 ventôse an XII, 9 frimaire an XIV, 16 mars 1815, 18 juillet 1817, 27 septembre 1828, etc.
(6) Arr. cass., 28 août 1812.
(7) Arr. cass., 20 mars 1812.
(8) Arr. cass., 2 août 1821.
(9) Arr. cass., 16 mars 1815.

Cette difficulté s'élève toutes les fois que le prévenu n'assiste pas personnellement, à l'audience, quoiqu'il s'y fasse représenter par un défenseur. Carnot établit une distinction qui peut servir de règle à cet égard. « Si la loi, dit cet auteur, interdit de se faire représensenter, le jugement est par défaut nonobstant la présence du défenseur; si elle autorise à se faire représenter, le jugement est contradictoire (1). » Il est visible, toutefois, que la généralité de cette distinction ne répond pas à toutes les difficultés qui peuvent surgir sur ses limites; mais l'examen de ces difficultés nous ferait sortir de la matière spéciale qui fait l'objet de cet article, et nous sommes forcés de le renvoyer à un autre article.

Lorsque le jugement doit être signifié, suffit-il qu'il le soit au domicile *élu* pour faire courir le délai de l'appel? Nous ne le pensons pas. L'art. 203 veut que la signification soit faite à la personne ou au *domicile* de la partie condamnée, ce qui exclut nécessairement tout autre domicile que le sien : telle est aussi la solution de Carnot qui soulève cette question (2). En matière pénale, il est indispensable que le prévenu soit personnellement informé du jugement qui l'a condamné; le droit de la défense cesserait d'exister s'il était privé de la faculté de prendre les voies de recours que la loi lui a ouverte. Le législateur a donc voulu qu'il eût réellement connaissance de la condamnation, et par conséquent ce n'est que du jour de la signification à son domicile réel que le délai doit être compté.

La loi n'a rien statué sur les délais après lesquels les appels, qui n'ont pas été suivis, doivent être déclarés surannés. Il est évident qu'ils sont soumis aux règles générales de la prescription, Ainsi, on ne pourrait décider qu'un appel régulièrement émis est suranné par le motif puisé dans l'ancien droit, qu'il se serait écoulé plus d'un an et un jour après la déclaration qui en a été faite (3). La déchéance ne pourrait résulter que du délai de trois ans écoulés sans poursuites, conformément à l'art. 638, C. d'inst. crim.

L'appel du procureur général et du procureur du roi près le tribunal d'appel est soumis à des règles particulières. Nous avons rappelé les dispositions de la loi qui les avaient établies : la jurisprudence en a fixé le sens et les limites.

Il a été reconnu d'abord, qu'à l'égard de cet appel, la déclaration au greffe était inutile; l'art. 205, ne parle que de sa notification, d'où l'on a conclu qu'il ne devait être assujetti qu'à cette seule formalité (4). Mais si l'appel est interjeté par le procureur du roi, *à la requête du procureur général*, suffit-il qu'il soit notifié? L'affirmative ne laisse aucun doute. Dès que l'appel est interjeté au nom du procureur général, il doit jouir de tous les droits attachés à l'appel de ce magistrat : il suffit donc qu'il soit notifié et que cette notification ait lieu dans les deux mois (5).

La computation de ce délai a donné lieu à une question qui a été diversement jugée; il s'agissait de savoir si le jour où le jugement est prononcé est compris dans les deux mois accordés au ministère public pour interjeter appel. La cour royale de Bordeaux a décidé la négative, attendu que la décision contraire tendrait à diminuer d'un jour, si la décision attaquée a été rendue à une heure avancée, le délai de deux mois que le législateur a cru devoir accorder au ministère public; qu'il est d'ailleurs peu rationnel de comprendre le point d'où l'on part dans le trajet qui est à parcourir; que c'est dans ce sens que la jurisprudence a interprété l'art. 57, C. proc. civ., et l'art. 2154, C. civ., qui sont conçus dans les mêmes termes que l'art. 205. Nous ne pensons pas que cette interprétation doive être admise. Les principes du droit civil ne peuvent être invoqués en matière de procédure criminelle; et l'art. 205, limite le délai d'appel *à deux mois à compter de la prononciation du jugement*. C'est aussi dans ce sens que la cour de cassation s'est prononcée sur ce point, en décidant que l'appel d'un jugement rendu le 18 décembre n'est pas recevable si la notification n'en a été faite que le 19 février (6).

L'appel incident est-il admis en matière

(1) *Comment. du C. d'instr. cr.*, t. 1, p. 582.

(2) *Ibid.*, p. 583.

(3) Arr. cass., 8 septembre 1809.

(4) Arr. cass., 13 août 1833, et 8 septembre 1829.

(5) Arr., 13 août 1813, et 7 décembre 1833. — Voici le texte de ce dernier arrêt : — La Cour; sur le premier moyen tiré de la violation prétendue de l'art. 205, C. d'inst. cr.; — Attendu que l'art. 45 de la loi du 20 avril 1810 a conféré au procureur général l'exercice de l'action publique dans l'étendue de son ressort, et qu'ainsi l'appel interjeté en son nom par le substitut du procureur du roi de Réthel, dans le délai de deux mois, a été légalement fait; que d'ailleurs, et dans le même délai, le procureur du roi de Charleville a notifié à l'audience de ce tribunal, au prévenu présent, l'appel qu'il interjetait du même jugement; que ces deux appels se confondaient, qu'ainsi le jugement attaqué a dû, comme il l'a fait, statuer sur l'appel du ministère public : — Rejette. — Du 7 décembre 1833. — Cass. — M. Isambert, rapp. — MM. Parrot et Chauveau-Lagarde, av.

(6) Arr. cass., 12 avril 1817.

correctionnelle? Cette question se résout par une distinction : l'appel est recevable s'il a été régulièrement interjeté, quoique incidemment, dans les délais ; mais il est frappé de déchéance s'il n'est formé qu'après les délais. La raison de cette distinction est que le Code d'instruction criminelle a déclaré entachés de nullité, en général, tous les appels qui ne seraient pas formés dans les délais qu'il a dénommés, sans établir l'exception que la loi civile a créée en faveur de l'appel incident. Cet appel rentre donc sous le joug du principe général, et doit dès lors justifier des formalités qu'il impose (1). » Mais l'appel incident est recevable, dit Carnot, s'il a été interjeté dans le délai, lors même que la partie, incidemment appelante, aurait fait notifier le jugement sans réserves : il n'y aurait qu'une approbation formelle et volontaire qui pourrait établir contre elle une fin de non-recevoir. C'est un principe consigné dans l'art. 443, C. proc. civ., qui a établi un point de législation générale et qui doit être appliqué aux matières correctionnelles comme aux matières civiles (2). » Nous nous sommes expliqués précédemment sur la force de l'acquiescement en matière criminelle; notre opinion est qu'une partie est toujours recevable à revenir sur la renonciation qu'elle a pu faire d'une faculté ou d'une voie de recours qui lui est ouverte par la loi. Dès lors nous adhérons complétement à l'opinion qui a été exprimée par Carnot, principalement par les considérations que nous venons d'indiquer.

Au surplus, il n'est pas nécessaire que l'intimé se rende incidemment appelant pour être autorisé à proposer toutes ses exceptions, et pour faire valoir les moyens qui n'ont pas été accueillis par le tribunal de première instance. En effet, dès que le tribunal d'appel est saisi de l'action principale, il a essentiellement caractère pour statuer sur toutes les exceptions qui s'y rattachent (3).

Il suit des principes qui viennent d'être posés, que rien ne s'oppose à ce que le procureur du roi près le tribunal d'appel interjette lui-même appel au moment où l'affaire y est portée, pourvu que cet appel soit formé dans le délai de deux mois du jour du jugement. Toutefois le droit de la défense exige que le tribunal donne, dans ce cas, au prévenu, un délai pour préparer ses moyens. Car il ne devait pas s'attendre à trouver un adversaire (4).

Les appels en matière de police sont-ils soumis aux mêmes règles? Carnot pense qu'à la différence des matières correctionnelles, l'appel incident des jugements de police est recevable après l'expiration du délai et en tout état de cause ; il se fonde sur ce que cet appel est autorisé, en matière civile lors de l'appel principal, des sentences des juges de paix, et sur ce que l'art. 174, C. d'inst. crim., dispose que l'appel des jugements de police sera suivi et jugé dans la même forme que l'appel des sentences des juges de paix (5). Cette opinion prend, il faut le reconnaître, quelque chose de spécieux des dernières expressions de l'art. 174; cependant il est facile de démontrer qu'elle n'est pas fondée. D'abord, il est de règle qu'on ne doit recourir à la loi civile qu'à défaut de disposition formelle et explicite de la loi criminelle; or la forme et les délais de l'appel des jugements de police ont été établis de la manière la plus expresse par le Code d'instruction criminelle. Ensuite, si l'art. 174, dispose que l'appel sera suivi et jugé *dans la même forme* que les appels des sentences des justices de paix, cette disposition, qui suit le paragraphe dans lequel le même article a déterminé le délai de cet appel, n'y apporte évidemment aucune dérogation. Ce délai doit donc être le même, comme en matière correctionnelle, à l'égard de tous les appels, alors même qu'ils auraient été formés évidemment. Telle est aussi sur cette question l'opinion de Dalloz (6). La cour de cassation, parait avoir confirmé cette opinion par un arrêt du 2 décembre 1825, qui décide que l'appel incident d'un jugement de police est recevable lorsqu'il a été régulièrement interjeté dans les délais.

§ IV. *Des formes de l'appel en matière de police correctionnelle.*

Imprimer à la procédure d'appel, en matière de simple police et de police correctionnelle, une grande célérité, la réduire aux formes simples qui sont essentielles à la conservation des droits de la défense, telle a été l'intention du législateur, tel est le principe qui domine cette procédure. Nous allons suivre les applications un peu arides de cette règle dans les espèces nombreuses où

(1) Arr. cass., 18 mars 1809, 2 décembre 1825.
(2) *Comment.*, t. I, p. 582.
(3) Arr. cass., 18 mars 1809.
(4) Arr. cass., 6 juin 1822.
(5) *Comment.*, t. I, p. 509.
(6) *Jurisp. gén.*, t. I, p. 569.

la jurisprudence a été appelée à la consacrer.

Les appels en matière de police, dont nous devons nous occuper, d'abord, ont donné lieu à quelques difficultés.

L'art. 174, C. inst. crim., dispose que l'appel sera *suivi et jugé dans la même forme que les appels des sentences des justices de paix*. Quel est le sens de ces expressions? Faut-il en induire que toutes les dispositions du Code de procédure civile, applicables aux appels des sentences des juges de paix, puissent être invoquées en matière de simple police? Telle n'a point été l'interprétation que cette disposition a reçue de la jurisprudence; et il faut convenir que si cette jurisprudence s'éloigne évidemment d'un texte positif, qu'il est d'ailleurs difficile d'expliquer, elle se rapproche de l'esprit général du Code, qui a été d'imposer à la procédure criminelle des formes plus rapides et plus vives que celles de la procédure civile.

La loi ajoute, d'ailleurs, presque immédiatement (art. 176), que toutes les règles prescrites pour l'instruction devant les tribunaux de police, la nature des preuves, la forme du jugement, la condamnation aux frais, sont communes aux jugements rendus sur l'appel par les tribunaux correctionnels. Il suit de là que les appels des jugements de police ne doivent être jugés sommairement, d'après le vœu de l'art. 174, et les dispositions des art. 404, 405, etc., du Code de procédure civile, auxquels il renvoie, qu'autant que cette instruction sommaire, prescrite pour les justices de paix, peut s'allier avec les formes établies par les art. 175, 176, 178 et 179 du C. d'inst. crim. Tel est aussi le principe d'interprétation qu'ont successivement posé Bourguignon (1) et Legraverend (2). Carnot s'attache au texte de la loi avec plus de rigueur, et veut imposer à la procédure d'appel en matière de police, toutes les formes qui ne sont pas absolument inconciliables avec le Code d'instruction criminelle (3).

C'est ainsi que ce criminaliste enseigne que l'appel doit être *signifié* et non pas simplement *déclaré* au greffe. Il s'appuie sur l'article 456 du C. proc. civ., qui prescrit la notification de l'acte d'appel à personne ou domicile, à peine de nullité. L'art. 203, du C. inst. crim., qui a dérogé à ce principe, ne doit pas s'étendre aux matières de police, parce que toute dérogation au droit commun doit être renfermée dans les bornes que la loi a prescrites (4).

Ce double motif n'a point été adopté par la jurisprudence, qui a constamment décidé que l'appel des jugements de police est suffisamment formulé par une simple déclaration au greffe de la justice de paix (5); et cette décision s'appuie sur le texte même de l'article 174, qui porte que l'appel sera *suivi* et *jugé* et non pas *interjeté* dans les mêmes formes que les appels des sentences des justices de paix : la loi est donc muette sur la forme dans laquelle l'acte d'appel doit être fait et interjeté, et dès lors il est impossible d'anéantir cet acte par cela seul qu'il a été déclaré au greffe au lieu d'être notifié (6).

Mais du silence même de la loi à cet égard, il s'ensuit qu'elle a laissé aux parties la faculté de l'interjeter à leur choix, ou suivant le droit commun en matière correctionnelle, c'est-à-dire par déclaration faite au greffe du tribunal qui a rendu le jugement, ou par exploit signifié au ministère public, et contenant citation devant le tribunal qui doit y statuer, conformément au Code de procédure civile. Cette double voie de formuler l'appel en matière de police est donc ouverte aux parties, et l'appel interjeté dans l'une ou l'autre de ces formes est également régulière, pourvu qu'il ait été déclaré en temps utile (7).

Cette solution doit nous aider à résoudre quelques questions accessoires qui se sont présentées dans la pratique.

Ainsi on a demandé si l'art. 456 du C. proc. civ., qui exige, sous peine de nullité, que l'appel contienne assignation dans le délai de la loi, pour y voir prononcer, était applicable aux appels des jugements de police. Carnot a soutenu l'affirmative, en se fondant sur ce que c'est l'une des formes déterminées pour suivre les appels des jugements émanés des juges de paix (8). Mais cette formalité, uniquement relative aux actes d'appel en matière civile, ne peut être transportée dans les

(1) *Jurisprudence des Codes crim.*, t. Ier, sur l'art. 174.
(2) *Législation crim.*, t. II. p. 355.
(3) *Instruction crim.*, comm. de l'art 174, §§ XVI, XVII, etc.
(4) *Ibid.*, § VII.
(5) Arr. cass., 2 déc. 1826, 6 août 1829.
(6) C'est aussi l'opinion de M. Legraverend, t. II, p. 353.
(7) Arr. cass., 6 août 1829.
Il existe un arrêt postérieur du 7 août 1833, parfaitement identique avec le précédent, et que nous avons cru dès lors inutile d'insérer.
(8) *Instr. crim.*, sur l'art. 164, no. XVI.

matières criminelles : l'esprit général du Code s'oppose à ce qu'on entre dans cette voie des nullités; on ne peut, par analogie, multiplier et compliquer des formes qui sont de droit étroit.

C'est d'après ce même motif que la cour de cassation a décidé qu'il importait peu que l'exploit d'ajournemeut eût fait mention de la profession et du domicile des appelants, ni qu'il eût été donné à bref délai(1).

Carnot a également soutenu que l'appel devait contenir constitution d'avoué; il arguait à ce sujet des art. 404, 405 et 406, C. proc. civ. (2). Mais il faut répondre avec Legraverend (3) que les prévenus ne peuvent être obligés de constituer avoué, parce qu'en matière répressive le ministère des avoués n'est nécessaire que lorsqu'on prend des conclusions à fins civiles.

Tous les auteurs sont, du reste, d'accord avec la jurisprudence pour éloigner des matières de police l'application des art. 471 et 479, C. proc. civ., qui infligent l'amende de fol appel à la partie qui succombe dans son recours (4). En effet, cette amende ne peut être considérée comme une forme de la poursuite, c'est une véritable disposition pénale qui ne peut être étendue à un autre ordre de législation. En matière criminelle, la condamnation aux frais est, outre les peines du délit, la seule peine que doit supporter la partie qui succombe.

On avait encore prétendu que l'acte d'appel devait être notifié à la partie civile à personne ou à domicile; mais cette difficulté tombe et s'évanouit devant les termes des deux articles combinés 68 et 183, C. inst. crim., d'après lesquels la partie civile, qui ne demeure pas dans l'arrondissement communal où se fait l'instruction, est tenue d'y élire domicile, et la signification de l'appel à ce domicile élu est évidemment valable et régulière. C'est aussi dans ce sens que la cour de cassation a jugé cette question (5).

Nous avons dit que les prévenus avaient, pour formuler l'appel, la double voie de la notification ou de la déclaration au greffe. S'ils optent pour la première, une difficulté s'élève : est-ce au ministère public près le tribunal de police, est-ce au procureur du roi du tribunal d'arrondissement que la notification doit être faite? La cour de cassation a jugé que la notification, soit à l'un, soit à l'autre de ces officiers, était également régulière; « attendu que le ministère public est indivisible, et que les officiers qui l'exercent devant les tribunaux de simple police sont les délégués ou les substituts du procureur du roi du ressort, comme celui-ci est lui-même le substitut du procureur général (6). » Nous sommes d'autant plus porté à adopter cette opinion, que le procureur du roi étant chargé par la loi de défendre à l'appel, il paraît plus rationnel de le lui faire connaître, et que d'ailleurs la loi n'a point établi de nullité à cet égard.

Nous passons aux formes de l'appel *en matière correctionnelle*. Le Code d'instruction criminelle, de même que celui du 3 brumaire an IV, ne prescrit aucune forme particulière pour la déclaration d'appel; il suffit qu'il soit constaté que cette déclaration a été faite dans le délai fixé par la loi. De là la solution d'un grand nombre de difficultés.

Aux termes de l'art. 203, la déclaration d'appeler doit être faite au greffe du tribunal qui a rendu le jugement. Mais un acte d'appel doit-il être notifié? La loi est muette à cet égard. Nous verrons plus loin que cette obligation n'est explicitement imposée qu'au ministère public près le tribunal ou la cour qui doit connaître de l'appel : c'est un mode de formuler l'appel spécialement introduit en faveur de ce magistrat. Que faut-il en conclure? Que la déchéance de l'appel ne peut être prononcée, hors ce seul cas, par le défaut de cette notification. C'est aussi dans ce sens que la jurisprudence s'est prononcée (7).

La même difficulté se présente à l'égard de la requête contenant les moyens d'appel. L'art. 204, porte que cette requête *pourra être remise dans le même délai* (dix jours) *au même greffe* (du tribunal d'où le jugement est émané); il ajoute qu'elle *pourra ainsi être remise directement au greffe du tribunal où l'appel sera porté*. Si cette formalité n'a pas été remplie, l'appelant, doit-il être déchu de son recours? Cette question est fort délicate. Si l'on consulte le texte de l'article, on peut soutenir que le mot *pourra* n'indique que la faculté de choisir entre les deux greffes : et on peut ajouter qu'il est dans le

(1) Arr. cass., 2 décembre 1826.
(2) Sur l'art. 174, n°. XVII.
(3) T. I, p. 355.
(4) Carnot, sur l'art. 174, n°. XV. — Legraverend, t. II, p. 355. — Bourguignon, comm. de l'art. 174. — Arr. cass., 25 août 1808, 19 juin 1817 et 12 juin 1813.
(5) Arr., 2 déc. 1826.
(6) Arr. cass. 27 août 1825.
(7) Arr. cass. 21 janvier 1814, 29 juin 1815.

vœu de la loi que les moyens d'appel soient connus de la partie appelée à y défendre. Mais il est impossible de voir dans la loi une déchéance pour le cas où ce dépôt n'aurait pas été effectué. Il faut donc admettre, et les termes de la loi l'autorisent, que cette formalité est purement facultative. La loi a prévu le cas où une requête serait déposée, elle en règle la forme, elle a surtout voulu prévenir les retards que le dépôt pourrait apporter dans le jugement de l'appel; mais son intention n'a point été de faire de cette requête une condition essentielle de l'appel, car la disposition qui la prescrit n'est point impérative, car on y cherche vainement la sanction de la nullité. Telle est l'opinion qui a été généralement adoptée par la jurisprudence (1) : Bourguignon et Legraverend l'ont érigé en règle de droit (2).

Toutefois, cette règle, on doit le reconnaître, peut souvent compromettre les intérêts de la défense. Comment l'intimé pourra-t-il répondre aux griefs de l'appelant s'il ne les connaissait pas, s'il n'a pas été mis à même de les combattre et de les repousser? Il aura, dit-on, la faculté de demander un délai aux juges pour préparer sa défense. Mais les juges l'accorderont-ils? Cette remise est-elle un droit pour lui? Si elle n'est pas un droit, elle peut donc lui être refusée? Cette difficulté va se représenter tout à l'heure.

Sous le Code de brumaire, le dépôt de la requête contenant les moyens d'appel remplaçait utilement la déclaration et satisfaisait au vœu de la loi, pourvu qu'elle eût été déposée dans le délai légal (3). Carnot pense que cette décision devrait encore être suivie (4); et, en effet, le dépôt d'une requête au greffe dans le délai prescrit est un véritable acte d'appel; mais il faudrait que le dépôt de la requête eût lieu au greffe du tribunal qui a rendu le jugement, puisque c'est à ce tribunal que doit être faite la déclaration aux termes de l'art. 203.

Ce n'est pas non plus une cause de déchéance que le défaut de production devant les juges d'appel d'une expédition de la déclaration d'appel. La cour de Besançon avait prononcé cette déchéance contre l'administration forestière; mais son arrêt a été réformé, attendu que c'est par les soins du ministère public, et non de l'appelant, que les pièces doivent être transmises, et que ce serait ajouter à la rigueur de la loi que de lui imposer une condition que son texte n'exige pas (5).

Enfin il a été jugé, sous l'empire du Code du 3 brumaire, que la déclaration d'appel faite sur une feuille de papier timbré détaché était valable (6). Cette décision pourrait aujourd'hui encore servir de règle. Le Code actuel, comme celui de brumaire, n'a assujetti la déclaration d'appel à aucune forme spéciale; il importe seulement que le jour de cette déclaration soit constaté avec exactitude.

L'appel du ministère public a été également exempté de toutes formes rigoureuses.

Il faut distinguer si cet appel est formé par le procureur du roi du tribunal qui a rendu le jugement ou par le ministère public du tribunal ou de la cour qui doit connaître de l'appel.

Dans le premier cas, nous avons vu que ce magistrat n'avait d'autre obligation à remplir, en interjetant appel, que de faire sa déclaration au greffe (7) : la notification de cette déclaration peut être utile à la défense du prévenu; mais elle n'est pas essentielle à la validité de l'acte.

Dans le deuxième cas, au contraire, le ministère public n'est assujetti pour toute forme qu'à la notification de son appel : toute déclaration au greffe est superflue. La raison de ce nouveau mode prescrit par l'art. 205, est évident : le ministère public du tribunal supérieur est éloigné du greffe, et c'est pour éviter la difficulté que la déclaration de l'appel eût fait naître, que la loi a substitué la notification à la déclaration au greffe. Ainsi, il est remarquable que l'appel, qui doit être déclaré au greffe, n'est pas sujet à la notification, et réciproquement, que l'appel qui doit être notifié n'est pas sujet à être déclaré au greffe. Toute complication de formes est repoussée par la loi.

La question s'est élevée de savoir si la notification peut être suppléée dans le cas de l'art. 205 : Carnot a soutenu la négative (8), parce que cet article ne trace que cette seule forme, et que l'intérêt du prévenu exige dès lors qu'elle soit exactement observée. Posée en ces termes, nous partageons parfaitement

(1) Arr. cass., 15 décembre 1808, 29 juin 1815.
(2) *Manuel d'instr. crim.*, sur l'art. 204; *Législ. crim.*, t. II, p. 352.
(3) Arr. cass., 13 ventôse an VII, et 19 juin 1806.
(4) *Inst. crim.*, t. I, p. 587.
(5) Arr. cass., 11 janvier 1817.
(6) Arr. cass., 26 fructidor an IX, 28 novembre 1806.
(7) Arr. cass., 11 novembre 1824.
(8) *De l'instr. crim.*, t. I, p. 59.

cette opinion; mais s'ensuit-il que la nullité commise dans l'exploit de notification doive entraîner celle de l'appel? Non, s'il est constant que le prévenu a eu connaissance de l'appel avant les délais expirés : car tel est le seul but de la notification ; elle peut donc être utilement suppléée, soit par une déclaration au greffe du tribunal d'appel, soit par une simple assignation dans les délais (1). L'art. 205, comme les articles qui le précèdent, n'est qu'indicatif d'une forme de procéder. On a induit de là que le ministère public pouvait déclarer son appel à l'audience même du tribunal déjà saisi par l'appel du prévenu, et que cette déclaration valait signification, pourvu qu'elle fût faite dans les délais. En effet, dit-on dans ce système, l'art. 205, ne détermine aucune forme pour la notification de l'appel; dès lors rien ne s'oppose à ce que cette notification soit faite à l'audience en présence du prévenu et de son défenseur. Si cette notification exige un délai pour que la défense puisse être proposée, le tribunal d'appel peut l'accorder; mais le ministère public ne peut être déclaré non recevable (2).

Carnot combat cette jurisprudence (3) : « En exigeant que l'appel soit notifié au prévenu, le législateur a eu pour objet de lui faire connaître l'adversaire qu'il avait à combattre et de le mettre à même de préparer sa défense. On répond que l'adversaire pourra demander un sursis. Mais le tribunal n'est-il pas le maître de rendre cette faculté illusoire en refusant de surseoir? » Nous avons déjà présenté cet argument à l'égard du défaut de notification des moyens à l'appui de l'appel : la situation est la même; dans les deux cas le prévenu est désarmé; attaqué à l'improviste, il ne peut se défendre. C'est là un inconvénient grave. Mais cette conséquence est-elle suffisante pour faire déclarer la déchéance de l'appel? Dès que le délai légal n'est pas écoulé, et qu'aucune forme de notification n'est prescrite par la loi, le ministère public n'est-il pas dans son droit?

Mais cet appel serait frappé de nullité si le prévenu avait fait défaut, et c'est ce que la cour royale de Paris a jugé le 2 août 1833 (4). En droit, le ministère public doit notifier son recours au prévenu. Si la jurisprudence a admis que l'appel sur le barreau peut régulièrement remplacer cette notification, c'est parce que de cette manière l'objet de la notification est atteint, puisqu'il est donné connaissance au prévenu du recours exigé (5). Mais ce motif ne saurait plus être invoqué lorsque le prévenu est absent. Ce n'est pas une déclaration que la loi exige, c'est une notification à personne ou domicile (6). Si le prévenu n'est pas à l'audience, cette notification ne peut plus être faite que par exploit.

Si l'appel du prévenu a été jugé avant le délai de deux mois, le ministère public peut-il encore, et postérieurement à ce jugement, exercer son droit d'appel? Cette question, qui a été proposée (7), ne mérite peut-être pas une sérieuse réponse. Il est impossible de penser que la loi ait voulu laisser au ministère public la faculté de renouveler le débat : le délai de deux mois suppose, ou que le prévenu n'a pas appelé, ou que l'appel n'a pas été vidé avant cette époque. Mais il rencontre une limite nécessaire dans le jugement : c'est une restriction que la force des choses apporte à sa durée. Et quels sont les inconvénients? Il n'y en a point. Assurément le ministère public n'est exposé à aucune surprise, puisqu'il a pris part aux débats, puisque c'est sur ses conclusions que le jugement est intervenu. Sans doute on pourrait attendre l'expiration du délai de deux mois pour juger l'appel du prévenu. Mais la loi n'a point exigé un tel retard; elle a voulu, au contraire, imprimer à la procédure d'appel une grande célérité. On ne peut donc pour ménager l'exercice d'un droit qui est suffisamment assuré, surseoir pendant deux mois au jugement, lorsque surtout ce sursis aurait pour effet de prolonger dans certains cas la détention provisoire des prévenus (8).

Il a été jugé que l'appel, interjeté par le ministère public après les délais, ne peut être déclaré non recevable par ce seul motif, si, avant leur échéance, il a demandé acte de la réserve qu'il faisait de déclarer appel à une audience désignée, et si cette demande a été présentée et accueillie en présence du prévenu et de son défenseur qui ne s'y sont point opposés (9). C'est là, en effet, une véritable notification : le prévenu est mis en demeure de comparaître et de se défendre; et toute la sollicitude du législateur a dû se borner à cet effet.

(1) Arr. cass., 8 juin 1809, 20 févr. 1812, 15 mai 1812, 11 juin 1813, 14 juillet 1815, 21 avril 1820, 6 juin 1822.

(2) Arr. cass., 20 février 1812, 14 juillet 1815, 21 avril 1820, 6 juin 1822.

(3) *De l'instr. crim.*, t. I, p. 590.

(4) *Journ. du droit crim.*, 1833, p. 217.

(5) Arr. cass., 2 févr. 1827.

(6) Comment. de l'art. 205, nº V.

(7) Jurisp. générale, vº *Appel*, t. I, p. 580.

(8) *V.* dans ce sens Arr. 29 brumaire an x.

(9) Arr. cass., 2 août 1821.

Nous pouvons citer plusieurs applications de la même règle. C'est ainsi que la déclaration faite par le procureur du roi de première instance à l'audience, en présence du prévenu, qu'il appelle du jugement qui vient d'être rendu, le dispense de toute autre déclaration, lorsqu'il lui a été donné acte par le jugement (1).

C'est ainsi encore que l'adhésion donnée par le ministère public, dans le délai utile, à l'appel interjeté par l'administration forestière, est un véritable appel dont la validité peut être relevée en cas de nullité de celui de l'administration (2). Cette décision, intervenue sous l'empire du Code de 3 brumaire, paraît devoir encore être suivie (3), car cette adhésion constitue une véritable déclaration, et la loi n'en a point réglé la forme.

Enfin, une troisième application de la même règle ne doit pas être omise. Nous avons vu que la nullité de la notification d'un appel interjeté par le ministère public, dans le cas de l'art. 205, ne dispensait pas l'intimé de comparaître, s'il avait été dans les délais assigné à comparaître. Mais, lorsque cette assignation a été donnée en temps utile, peut-on arguer de nullité la notification, par cela seul que l'exploit n'a pas été enregistré? La cour de cassation a résolu négativement cette question, par ce motif tant de fois invoqué, et qui domine toute cette matière, que la loi n'a point déterminé de forme particulière pour la notification; qu'il n'existe de disposition absolue que pour les délais; que l'appel est régulier dès que le prévenu en a été informé par le fait du ministère public, et dans le délai légal, dès qu'il a été mis à même de produire et de faire valoir des moyens de défense (4)?

Mais il est indispensable qu'il y ait notification quelconque à domicile ou à l'audience de la part du ministère public supérieur. C'est ainsi qu'il a été jugé avec raison par la cour de cassation, que les conclusions prises par le ministère public devant le tribunal d'appel, saisi par l'appel du prévenu, pour l'application de la loi pénale, ne représentaient point la notification exigée par la loi, encore bien que le délai bimensuel ne fût pas expiré.

Car, et nous terminerons cet article par cette réflexion, il est nécessaire que le prévenu soit averti, qu'il sache les périls qui le menacent, les ennemis qu'il doit combattre. Ce principe du droit de la défense se révèle à chaque pas de la procédure, et suffit pour en couvrir d'intérêt les arides détails. On serait induit en erreur si on le perdait jamais de vue dans les solutions diverses qui surgissent en cette matière. C'est à cette règle fondamentale à tempérer les déductions parfois trop rigoureuses de cette autre règle, qui dédaigne les formes et n'y voit rien de substantiel : toutes celles qui protégent l'exercice du droit d'appel, ou la défense du prévenu sur l'appel formé contre lui, toutes ces formes sont essentielles, et l'interprétation éclairée de la loi ne peut méconnaître ce caractère.

§ V. *Effets de l'appel; — Appels du prévenu, de la partie civile ou responsable, et du ministère public.*

L'appel produit des effets divers et soulève des questions différentes, suivant qu'il est interjeté par le prévenu, par la partie civile ou responsable, et par le ministère public.

Toutes les difficultés qui peuvent s'élever à ce sujet trouvent une solution dans l'application d'une règle générale, qui est que le jugement déféré au tribunal d'appel ne peut être réformé que dans l'intérêt des parties qui ont appelé; en d'autres termes, que la condition de celui qui appelle ne peut être rendue plus mauvaise par les juges d'appel, lorsque les autres parties ont acquiescé au premier jugement.

Cette règle, qu'une longue jurisprudence semble avoir revêtue de l'autorité même de la loi, a été développée dans un avis du conseil d'État, approuvé le 12 novembre 1806, et dont nous extrayons les motifs suivants : « La jurisprudence de la cour de cassation est fondée sur divers principes incontestables. Le premier, qu'un tribunal d'appel ne peut réformer un jugement de première instance qu'autant qu'il y a eu appel; que par conséquent, s'il n'y a eu appel que d'une seule disposition, le tribunal ne peut pas réformer les autres, et n'a pas même la faculté de les discuter; il n'en est pas saisi. Le second principe est qu'un tribunal, soit d'appel, soit de première instance, ne peut adjuger ce qu'on ne lui demande pas, et que tout jugement qui prononce *ultra petita* est nécessairement vicieux. »

Nous allons suivre l'application de cette règle aux différents appels qui peuvent être interjetés.

(1) Arr. cass., 11 juin 1813, 21 avril 1820.
(2) Arr. cass., 23 nivôse an XI.
(3) Jurisp. générale, vº *Appel*, p. 584.
(4) Arr. cass., 15 mai 1812.

§ 1er. *Appel du condamné seul.* L'appel formé par le condamné porte nécessairement sur les diverses parties de la condamnation, et investit le tribunal d'appel du droit de réformer en totalité le jugement. Mais si cette réforme n'est pas faite en faveur du prévenu, il ne peut que le confirmer purement et simplement, car il est alors sans pouvoir pour lui infliger une peine plus grave. L'exercice de l'action publique n'appartient en effet qu'au ministère public; or ce serait attribuer cette action aux juges d'appel, que de leur reconnaître le droit de prononcer une aggravation de peine, lorsque le ministère public a acquiescé au premier jugement, et n'a pas conclu à cette aggravation (1).

Le tribunal correctionnel ne peut pas même examiner si la juridiction correctionnelle était originairement incompétente, et si le fait serait de nature à être poursuivi par la voie criminelle : le silence du ministère public couvre ce vice d'incompétence et ne permet pas d'aggraver le sort du condamné, sous quelque rapport que ce soit; cette conséquence évidente du principe que nous avons commencé par poser avait cependant éprouvé quelque difficulté. Carnot a énoncé l'avis que « le tribunal saisi par l'appel pourrait faire le renvoi de l'affaire devant le juge d'instruction, pour être suivi par la voie criminelle, lors même qu'il n'y aurait eu appel du jugement que de la part du prévenu (2). » Mais un tel renvoi aggraverait la position de l'appelant; la qualification du fait qui lui est imputé lui est irrévocablement acquise par l'acquiescement des autres parties, en ce sens que ce fait, reconnu sans contradiction comme délit ne peut plus être converti en crime, et entraîne contre lui des peines afflictives ou infamantes. Le premier tribunal a pu se tromper, mais son erreur n'a été préjudiciable ni à la société, ni à la partie lésée, puisque le ministère public et cette partie ont gardé le silence. Les juges d'appel ne peuvent donc soulever le voile qui couvre cette erreur; ils ne peuvent qu'accepter la cause telle que les premiers juges l'ont faite, et mesurer la gravité du fait avec le degré des peines appliquées. La jurisprudence n'a cessé de confirmer ce principe (3).

Les conclusions mêmes que pourrait prendre sur l'appel le ministère public, pour faire prononcer l'incompétence de la juridiction correctionnelle, seraient impuissantes à faire aggraver le sort du prévenu, si les délais de l'appel n'étaient expirés; car, par l'expiration de ces délais, l'action publique est frappée de déchéance; il y a acquiescement à la chose jugée en ce qui concerne l'intérêt de la société, et dès lors les réquisitions ultérieures ne peuvent avoir pour effet de faire revivre cette action (4).

Le principe qui vient d'être expliqué reçoit cependant une sorte d'exception dans le cas où le sort du prévenu n'est pas aggravé par son renvoi devant une autre juridiction. Ainsi, par exemple, si les juges d'appel reconnaissent au délit un caractère politique, ils peuvent se déclarer incompétents, encore bien qu'ils ne soient saisis que par le seul appel du prévenu. Car le fondement de la règle, qui les astreint à juger quoiqu'ils soient incompétents, est la crainte d'aggraver la position de l'appelant; mais cette crainte disparaît lorsque la qualification du fait reste la même, que la pénalité est identique, et qu'il ne s'agit que de fixer la juridiction qui doit en connaître. Le prévenu même doit trouver favorable cette déclaration d'incompétence, puisqu'il rencontre devant le jury des garanties nouvelles. La cour de cassation a consacré cette opinion (5).

Les juges d'appel excéderaient leurs pouvoirs s'ils condamnaient l'appelant à raison de deux délits, lorsque la condamnation ne reposait que sur un seul; car la juridiction d'appel n'est saisie que de la disposition qui est l'objet spécial du recours. Les autres dispositions sont consacrées comme chose jugée; elles sont considérées comme acquiescées (6). Cependant le tribunal supérieur pourrait apprécier différemment que les premiers juges le fait poursuivi, et lui reconnaître un autre caractère; par exemple, au lieu d'une dénomination calomnieuse, y voir une diffamation; au lieu d'un attentat aux mœurs, un outrage public à la pudeur (7). Il suffit que la condition de l'appelant ne soit point en définitive empirée par ces modifications pour qu'elles soient permises : ce qu'il importe, on

(1) Arr. cass., 27 mars 1812; 1er. mai 1812; 19 février 1813; 15 janvier 1814; 17 novemb. 1814, etc.

(2) *Comment. du Code d'inst. crim.*, art. 241.

(3) Arr. cass., 27 août 1812; 19 février 1813; 17 nov. 1814; 19 janvier 1816; 3 mars 1820; 25 mars 1825; 9 juin 1826; 30 juin 1827; 26 janvier 1828; 22 juillet 1830. *V. Journ. du Droit crim.*, 1829, p. 1 et 180; 1832, p. 274.

(4) Arr. cass., 30 juin 1827 et 18 juillet 1828. *Journ. du Droit crim.*, 1829, p. 1.

(5) Arr., 31 mars 1832. *Journ. du Droit crim.*, p. 93.

(6) Arr. cass., 18 janv. 1822.

(7) Arr. cass., 18 juillet 1828. *Journ. crim.* 1829, p. 8; 17 janv. 1829, *ibid.*, p. 155.

le répète, c'est de maintenir dans toute sa pureté cette règle, qui veut que le sort de l'appelant puisse être *amélioré*, mais non *détérioré* sur son seul appel.

Cependant la cour de cassation n'a point étendu cette règle à la condamnation accessoire des frais; elle a jugé que le prévenu, dont la peine est diminuée sur son appel, doit néanmoins supporter les frais de cet appel (1). Le motif de cette décision est qu'en définitive ce prévenu a succombé dans la poursuite, puisque, bien qu'affaiblie, une pénalité lui est infligée. Mais on pourrait répondre qu'il faut distinguer la poursuite du ministère public et la procédure d'appel. Le prévenu a succombé dans la première, et, d'après la loi, les frais doivent être mis à sa charge; mais on ne peut dire qu'il ait succombé en appel, puisqu'il a obtenu une diminution de sa peine. Qu'est-ce que les juges ont déclaré en appel? que le premier tribunal s'était trompé, qu'il avait mal apprécié la criminalité du fait, qu'il avait exagéré la peine. Or le prévenu doit-il souffrir de cette erreur? est-il juste qu'elle soit redressée à ses frais?

La même cour a encore décidé que la contrainte par corps peut être prononcée sur l'unique appel du prévenu pour l'exécution des condamnations pécuniaires, bien qu'elle n'eût pas été prononcée en première instance (2). Mais le motif de cette solution est que cette voie d'exécution a eu lieu de plein droit en vertu de la loi, et encore bien que le jugement de condamnation ait omis de la prononcer. Dès lors la réparation de cette omission n'est pas une aggravation de la position du condamné.

§ II. *Appel de la partie civile seule.* La partie civile peut appeler, encore bien que le ministère public garde le silence (3). Alors le jugement ne peut être modifié dans ses dispositions pénales, ni atténué dans les condamnations prononcées contre le prévenu. En un mot, l'action publique est éteinte; il ne peut plus être statué que sur les intérêts civils. Ce point, que de nombreuses et uniformes décisions ont consacré (4), était d'ailleurs l'objet spécial de la solution contenue dans l'avis du conseil d'État du 12 novembre 1806, que nous avons déjà cité.

Ainsi les juges d'appel ne pourraient, quand ils n'ont été saisis que par le recours de la partie civile, renvoyer devant le jury d'instruction le prévenu qui aurait été acquitté en première instance, sous prétexte que le fait, objet de la poursuite, constituerait un crime (5). L'appel du ministère public leur donnerait seul ce pouvoir. Ils ne pourraient également réformer, même dans l'intérêt du prévenu, le jugement de condamnation, car ils ne peuvent juger *ultrà petita*.

Une difficulté sérieuse s'est toutefois élevée au sujet de l'art. 202 du C. d'inst. crim., qui limite l'appel de la partie civile *à des intérêts civils seulement*. L'avis du conseil d'État, du 12 novembre 1806, déclare que le tribunal d'appel saisi par la partie civile de la connaissance d'un jugement auquel le ministère public a acquiescé, « doit tenir pour constants les faits et les motifs qui ont déterminé le chef du jugement relatif au délit, et ne s'occuper de l'intérêt civil des parties que d'après ces bases. » De là plusieurs criminalistes, et particulièrement Carnot (6), avaient conclu que le tribunal d'appel ne peut, dans ce cas, se livrer à une nouvelle appréciation des faits et des motifs. Mais ce système, combattu par Bourguignon (7), n'a pas été accueilli par la jurisprudence (8), et nous nous rangeons complétement à cette dernière opinion.

L'avis du conseil d'État ne se réfère qu'à la peine qui aurait pu être prononcée par les premiers juges, et qui ne l'a pas été. Mais il n'en résulte nullement que le tribunal d'appel ne puisse et ne doive, dans l'intérêt de la partie civile, examiner de nouveau les faits, les apprécier et les qualifier d'après sa conscience. Le droit d'appel qui est accordé à la partie civile d'une manière indépendante de celui du ministère public, serait autrement illusoire. La qualification des faits est sans doute la base de l'application de la peine; mais elle est aussi la base des intérêts civils; l'acquiescement du ministère public ne soustrait à la juridiction du tribunal d'appel que ce qui dépend de l'action publique, c'est-à-dire l'application de la loi pénale. Il est bien vrai que le tribunal d'appel, en qualifiant les faits reconnus, peut compromettre la réputation, l'honneur du prévenu, mais cette

(1) Arr. cass. 15 octobre 1830. *Journ. crim.* 1831, p. 108.
(2) Arr. cass., 14 juillet 1827.
(3) V. *suprà*, p. 357.
(4) Arr. cass., 26 niv. an x; 18 flor. an x; 16 frim. an XII; 18 juill. 1806; 15 janv. 1814; 21 mars 1817; 1er. mai 1818; 7 mai 1819; 29 juill. 1819; 3 janv. 1822; 26 fév. 1825; 28 déc. 1827, etc.
(5) Arr., 26 fév. 1825.
(6) Comment. sur l'art. 282, Nos. XX et V.
(7) *Jurisprudence des Codes crim.*, tom. 1, p. 449.
(8) Arr. cass., 19 mai 1815.

qualification n'a point le caractère d'une peine, et ce prévenu ne serait pas fondé à s'en plaindre, puisqu'il faut bien qu'il répare le dommage qu'il a causé.

§ III. *Appel de la partie responsable seule.* Dans ce cas, il résulte de ce que nous avons dit plus haut qu'il n'y a de réformation possible qu'en ce qui touche les condamnations prononcées contre cette partie (1).

§ IV. *Appel du ministère public seul.* Lorsque l'appel a été formé par le ministère public seulement, les peines prononcées par le premier jugement peuvent être modifiées. Mais on a distingué le cas où le ministère public appelle *à minimâ*, et celui où il appelle *ad mitiorem*. On a pensé que, dans la première hypothèse, la peine ne pouvait être diminuée, et que dans la deuxième, au contraire, elle ne pouvait être aggravée; l'avis du conseil d'État, du 12 novembre 1806, semblait favoriser cette opinion. Dalloz n'hésite même pas à poser comme une règle « que l'appel *à minimâ* du ministère public seul ne peut autoriser le tribunal à améliorer le sort du prévenu en atténuant une peine que le prévenu lui-même a reconnue avoir été sagement proportionnée, puisqu'il n'a pas attaqué le jugement qui la lui a infligée (2). »

Nous ne pouvons partager cette opinion. L'appel du ministère public saisit nécessairement le tribunal d'appel de l'examen des faits poursuivis, puisqu'il est impossible que ce tribunal puisse apprécier quelle est la nature de la peine applicable, si les faits sont constatés, et quel est leur caractère, sans apprécier en même temps le degré de culpabilité. On doit remarquer qu'à la différence des cours d'assises, qui sont appelées, après un arrêt d'annulation, à appliquer aux faits déclarés constants la peine légale, les juges d'appel joignent aux fonctions de juges celles de jurés, et doivent par conséquent examiner les faits de la prévention. Dès lors il y aurait contradiction à ce que la loi qui autorise un nouveau débat obligeât les juges à négliger l'évidence qui peut en résulter, et à imposer silence à leur propre conviction pour s'en tenir à la déclaration des juges de première instance. Il en est autrement lors de l'appel de la partie civile ou du prévenu, parce que cet appel n'intervient que dans un intérêt civil ou purement privé; mais l'appel du ministère public, agissant dans l'intérêt de la société, remet tout en question. On ne peut admettre qu'un citoyen subisse une peine grave quand les débats ont peut-être prouvé que le fait ne constitue ni crime ni délit.

La jurisprudence avait manisfesté quelque hésitation sur cette question. Plusieurs arrêts cités par Dalloz paraissent la décider dans le sens qu'il a indiqué (3); mais un arrêt doctrinal, rendu le 4 mars 1825, a fixé la jurisprudence dans le sens contraire (4). Il est maintenant de principe que l'appel du ministère public, qu'il soit *ad mitiorem* ou *à minimâ*, a le caractère d'un appel *indéfini*, et qu'il investit les juges d'appel de connaître l'action publique tout entière, et de la juger. Le tribunal d'appel peut donc réformer le jugement au fond, et acquitter le prévenu (5); il peut donc le décharger de la peine, alors même que l'appel interjeté par le prévenu aurait été déclaré non recevable (6).

Il est inutile d'ajouter que lorsque le ministère public a succombé dans son appel *à minimâ*, et que le jugement a été confirmé, les faits de la procédure d'appel ne doivent pas être mis à la charge du prévenu. La cour de cassation a plusieurs fois reconnu ce point (7).

§ V. *Appels simultanés.* Il est facile maintenant de déterminer l'effet que produisent les appels interjetés simultanément par plusieurs des parties qui ont le droit d'appeler.

Ainsi l'appel simultané du condamné et de la partie civile seulement ne soulève qu'un intérêt civil et un intérêt privé; mais le tribunal saisi par ce double appel ne peut statuer dans l'intérêt de la vindicte publique (8). Les appels du ministère public et de la partie civile suffisent, au contraire, pour remettre toute la cause en question, et faire statuer au fond. Cette connexité des appels ne peut donc faire naître aucune difficulté sérieuse.

(*Journal du Droit criminel.*)

---

(1) Avis du conseil d'État du 12 nov. 1806. Legraverend, tom. II, p. 401 et 5.
(2) Jurisprud. gén., vº *Appel*, t. I, p. 595.
(3) Arr. cass., 9 prair. et 19 prair. an VIII.
(4) Arr. cass., 14 juill. 1827. *V.* aussi arr. 27 fév. 1815.
(5) Arr., 27 fév. 1815.
(6) Arr., 9 nov. 1829, Paris.
(7) Arr. cass., 22 nov. 1828, 22 janv. et 19 fév. 1829. *Journ. crim.*, 1829, p. 75.
(8) Arr. cass., 15 janv. 1814.

LV.

ÉTUDE HISTORIQUE

SUR L'ORIGINE ET LES PROGRÈS DU RÉGIME DOTAL CHEZ LES ROMAINS,

PAR A. D'HAUTEUILLE, DOCTEUR EN DROIT.

C'est une chose bien digne de remarque que tout le système du droit des familles et du droit de succession dans l'ancienne législation romaine, repose sur une forte constitution de la puissance paternelle. On dirait que l'idée de puissance était innée au génie de Rome; on dirait que ses premiers citoyens voulurent commencer par exercer individuellement chacun sur leur famille ce pouvoir aussi solide qu'absolu, que, dans la suite des siècles, leur cité devait exercer sur les nations. Gaïus semble se plaire à observer que nuls autres hommes n'ont sur leurs enfants la même puissance que les pères de famille romains (1).

Cette idée fondamentale de l'organisation domestique de la famille romaine détermina nécessairement les rapports de l'épouse au mari comme ceux des enfants au père. Le mariage fut le passage de la femme de la famille, c'est-à-dire de la puissance de son père dans celle de son mari, et la puissance maritale appelée du nom moins sévère de *manus*, fut peut-être moins absolue en effet relativement aux droits sur la personne, mais tout aussi étendue dans ses conséquences relativement aux biens.

Il est à la vérité démontré et universellement reconnu aujourd'hui que les solennités célèbres de la coemption et de la confarréation, et la prescription par l'usage annal (*coemptio, confarreatio, usus*), n'étaient point trois modes de contracter mariage, mais seulement trois modes d'acquérir la puissance maritale; et il en résulte évidemment que le mariage et la *manus* ou puissance maritale étaient indépendants et pouvaient exister l'un sans l'autre; la *manus* s'acquérant par des solennités du droit civil ou par une prescription, tandis que le mariage était immédiatement parfait par le consentement des parties (*nuptias consensus ...... facit*). Cependant il n'en est pas moins certain que dans les premiers temps le mariage dut toujours être accompagné de la puissance maritale (2); tout ce que nous pouvons savoir des mœurs et des lois de cette époque si incertaine de l'histoire, nous autorise à penser que l'indépendance de la femme dans le mariage fut dans le principe un état aussi exceptionnel, aussi inusité que le devint sous l'empire la soumission de la femme à la puissance maritale (3). La loi des Douze Tables semble avoir fait le premier pas vers l'affranchissement de la

(1) Ferè nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus. Comm. 1o, § 55.

(2) *Voy.* Denys d'Halic., liv. II, chap. 25.
(3) Tacite, Ann., lib. IV, 16.

femme en facilitant et régularisant l'interruption de la prescription par laquelle s'acquérait la *manus* (*trinoctii usurpatio*) (1).

Ce n'est point dans le mariage avec *manus* que nous pouvons trouver un véritable régime dotal, dans le sens que nous entendons aujourd'hui : le régime dotal suppose en effet une femme ayant ou pouvant avoir un patrimoine indépendant de celui de son mari, apportant à celui-ci une dot destinée à supporter les charges de la vie commune, conservant la propriété du surplus de sa fortune, et devant même, après le mariage, rentrer dans la propriété et la jouissance de cette dot. Or ces premiers éléments du régime dotal sont inconciliables avec l'idée d'une puissance maritale semblable à la puissance paternelle. Le fait seul de l'acquisition de cette puissance par le mari constitue de plein droit un système tout différent du régime dotal, système qui a été développé par la jurisprudence romaine avec la belle et rigoureuse logique qui lui est habituelle.

La femme est relativement à son mari dans la position d'une fille relativement à son père; elle est pour les enfants de son mari non point une mère ou une marâtre, mais une sœur : pour son beau-père (si son mari est encore en puissance paternelle) elle est une petite-fille. Tous ses droits sont réglés conformément à cette place qu'elle vient prendre dans la famille de son mari : si elle possède des biens à l'époque où elle y entre, ils sont immédiatement, et de plein droit, acquis au chef de cette famille adoptive, à son mari ou à son beau-père, de telle sorte que la venue de la femme en la puissance du mari (*conventio in manum mariti*) est, comme l'adrogation, un moyen d'acquérir à titre universel (2); si elle acquiert d'autres biens par la suite, c'est pour ce même chef de famille qu'elle les acquerra, et elle ne pourra plus avoir rien qui lui soit propre, jusqu'au jour où la dissolution du mariage viendra de nouveau changer sa position de famille.

Si la femme meurt dans la famille de son mari, elle ne laisse aucune succession, aucun héritier; car tous ses biens ont été irrévocablement acquis au mari, et ils demeurent confondus dans sa fortune (3).

Si le mariage au contraire se dissout par la mort du mari, la femme ne rentre point pour cela dans sa famille paternelle; la loi lui donne un tuteur dans la famille de son mari, ou bien elle en reçoit un du testament de celui-ci (4). Elle succède à son mari comme une fille à son père, pour la totalité s'il ne laisse aucun autre *héritier sien,* pour une portion virile s'il en laisse d'autres (5). Elle a désormais vis-à-vis de ses enfants et, plus généralement vis-à-vis des enfants de son mari, les droits de l'agnation ou parenté civile entre personnes sorties de la puissance d'un même père de famille par l'événement de son décès. Ainsi, si postérieurement l'un de ses enfants vient à décéder, elle lui succédera à titre de sœur, et réciproquement ses enfants seront admis au même titre à sa succession (6).

Il faut convenir qu'en prenant pour point de départ l'assimilation de la puissance maritale à la puissance paternelle, ce système était simple, rationnel et équitable. La femme apportait tous ses biens au mari; mais le mari seul avait à supporter toutes les charges communes. Si elle mourait dans le mariage, ses biens restaient à son mari; mais ses enfants les retrouvaient dans la succession de leur père; si elle survivait à son mari, elle n'avait pas d'action en restitution de sa dot; mais elle exerçait un droit de succession.

Cependant ce système était fait pour un peuple aux mœurs sévères chez lequel les liens de famille avaient de la force et de la stabilité, chez lequel la sainteté du mariage était respectée. Sa défectuosité se montra dans ses conséquences en cas de divorce; mais le divorce ne fut connu que bien tard à Rome : sans être prohibé par les lois, il fut longtemps réprouvé par les mœurs.

Ce n'est point ici le lieu de rechercher comment le divorce et la répudiation peuvent se concilier avec la puissance maritale des Romains; comment il put se faire que la femme eût le droit de forcer le mari à se démettre de sa puissance, ou le mari celui de forcer sa femme à souffrir qu'il l'émancipât : ces difficiles énigmes nous écarteraient de notre sujet; mais la peine qu'elles ont donnée à quelques savants (7), et la contradiction que semblent impliquer naturellement les idées de puissance maritale absolue et de liberté du divorce et surtout de la répudiation, suffisent pour indiquer qu'à l'époque où la *manus* était le régime ordinaire de tous

(1) Itaque lege XII Tab. cautum erat si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio, abesset, atque ità usum cujusque anni interrumperet. Gaius. Comm. I, § 3.

(2) Gaius, Comm. III, § 82. Cicero, Top.; cap. IV.

(3) Cicero, pro Flacco, cap. 34.

(4) Gaius, Com. I, § 149.

(5) Gaius, Com. III, § 3.

(6) Gaius. Com. III, § 14.

(7) Vid. Hasse Güterrecht der ehegatten, § 42.

les mariages, le divorce n'était encore ni dans les mœurs de Rome ni dans les prévisions de ses législateurs. Le premier divorce eut lieu vers l'an de Rome 520 (1).

Mais il est impossible de douter que le divorce, une fois reçu dans les mœurs romaines, n'ait été en usage même pour les mariages avec *manus*. L'effet du divorce était alors relativement à la femme celui d'une émancipation : elle sortait de la famille de son mari, et il paraît qu'elle en sortait par des cérémonies analogues à celles par lesquelles elle y était entrée (2). Mais le divorce ne pouvait faire disparaître de plein droit les effets accomplis de la puissance maritale, l'acquisition au mari de tous les biens de la femme. Il fallut obvier à ce grave inconvénient : la sagacité prévoyante des prudents, et l'autorité équitable des préteurs vinrent au secours de la femme ; les *cautiones* et les *actiones rei uxoriæ* furent inventées (3). L'usage s'introduisit que les parents de la femme stipulassent pour elle, lors de la célébration du mariage, la restitution, en cas de divorce, des biens qu'elle apportait au mari (*cautio rei uxoriæ*); le préteur bientôt accorda une action pour suppléer à ces conventions matrimoniales lorsqu'elles auraient été omises (*actio rei uxoriæ*) : ces stipulations et cette action, introduites d'abord seulement pour le cas éventuel de divorce, s'étendirent par la suite aux autres cas de dissolution du mariage.

Tel est sommairement le régime de la puissance maritale qui domina dans les commencements de la législation romaine. Il est caractérisé par l'acquisition à titre universel de tous les biens de la femme opérée en faveur du mari, de plein droit et comme une conséquence légale de l'acquisition de la puissance maritale. Ce régime n'est point encore le régime dotal, il en diffère même essentiellement : cependant il en contient le germe; la transmission de tous les biens de la femme au mari touche presque à l'idée fondamentale, au premier élément du régime dotal, l'apport d'une dot; et l'orateur romain, qui ne se piquait pas d'approfondir les subtilités de la jurisprudence, put ne voir, dans les effets de la *manus*, qu'une constitution générale de dot (4); mais les jurisconsultes appelaient la fortune de la femme transmise au mari par l'effet de la *manus*, du nom collectif de *res uxoria*, qui désigne clairement une universalité de biens, et, dans le régime dotal, ils ne considéraient la constitution même générale de dot, que comme un mode d'acquérir à titre particulier (5).

II. Le régime de la dotalité ne put prendre naissance que dans le mariage sans *manus*, que nous pouvons appeler, par opposition, *mariage libre :* l'introduction du mariage libre dans la jurisprudence romaine fut un retour au droit des gens, une déviation du droit civil auquel appartenait en propre l'institution de la *manus, jus proprium civium romanorum*, selon l'expression de Gaïus. Il paraît cependant qu'il fut en usage parmi les citoyens, dès une époque fort reculée, puisque la loi des Douze Tables s'occupa des précautions à prendre par la femme pour éviter de tomber en la puissance de son mari. Le régime dotal ne dut guère tarder à se former lorsque le mariage libre devint d'un usage commun dans les mœurs romaines.

Là où la puissance maritale n'existait pas, devaient cesser aussi toutes ses conséquences relativemeut aux biens. La femme ne faisait plus partie de la famille de son mari : elle demeurait sous la puissance de son père ou sous la tutelle de ses agnats : si elle avait des biens à l'époque de son mariage, ou s'il lui en obvenait postérieurement, elle en conservait la propriété tout comme si elle n'eût point été mariée. Telles durent être les suites nécessaires de l'absence de la *manus*. Mais il fallait bien cependant que la femme contribuât pour sa part à supporter les charges du mariage : elle le fit au moyen de la dot. L'acquisition de plein droit et universelle, qui avait lieu dans le mariage avec *manus*, fut remplacée dans le mariage libre par un apport conventionnel et à titre particulier. Du reste, cet apport, la dot, fut dans le principe acquis au mari aussi complétement et aussi irrévocablement que l'était, dans le mariage avec *manus*, la fortune entière de l'épouse. *La cause de la dot est perpétuelle*, dit Paul, *et elle est donnée pour demeurer toujours au mari* (6). Et, en effet, si les actions en restitution de la dot demeurèrent inconnues jusqu'au divorce de Carvilius, ainsi que nous l'apprend Aulu-Gelle, il faut bien admettre que, jusqu'à cette époque au moins, la dot donnée au mari fut irrévocablement confondue dans sa fortune pour n'en plus sortir de quelque manière que le mariage vînt à se dissoudre.

(1) Hasse, § 40.
(2) Festus, V° Diffarreatio et V° Remancipatam.
(3) Aul. Gell., Noctes att., lib. IV, cap. 5.
(4) Cùm mulier verò in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt viri fiunt *dotis nomine*. Cicer., Top., cap. IV.
(5) Leg. 72, dig. de jure dotium.
(6) Leg. 1a, dig. de jure dotium.

Après cette époque, il paraît que la jurisprudence établit la règle de la restitution de la dot pour le cas de divorce, puis pour celui de dissolution du mariage par le décès du mari; mais cette règle ne devint générale par son application au troisième cas, celui de prédécès de la femme, que dans la législation de Justinien (1); nous voyons par les fragments d'Ulpien (2) que, de son temps encore, la dot, en cas de prédécès de la femme pendant le mariage, demeurait, en règle générale, au mari, sauf deux exceptions : un droit de retour légal réservé au père qui avait constitué la dot, et le droit de retour conventionnel qui pouvait être stipulé par tout autre constituant.

Telle fut donc sur ce point la marche de la jurisprudence : la constitution de dot fut, dans l'origine, une vraie donation irrévocable au mari, un transport de propriété entier et définitif, quoi qu'il dût arriver par la suite. L'obligation de restituer la dot s'introduisit peu à peu par l'emploi des stipulations et par la jurisprudence prétorienne; elle devint postérieurement assez générale pour que les cas où elle n'existait pas fussent regardés comme des exceptions, et que l'on pût dire dans ces cas-là, non plus comme Ulpien, que la dot demeurait au mari, mais que le mari *gagnait la dot;* enfin ce gain éventuel lui-même fut aboli par Justinien.

C'est par l'introduction de l'action en restitution de la dot que le régime dotal se trouva définitivement constitué; auparavant, il y avait des dots, mais pas de régime dotal; la constitution de dot n'était qu'un transport de propriété pur et simple, un acte isolé sans aucune influence sur l'avenir. Lorsque l'obligation fut imposée au mari de conserver la dot pour la rendre lors de la dissolution du mariage, le régime dotal commença à se produire avec tous les caractères essentiels qui le distinguent encore parmi nous.

Ce qui caractérise en effet le système de la dotalité, c'est la séparation toujours permanente des patrimoines respectifs des époux; c'est l'usage d'un apport fait au mari par la femme; c'est l'obligation de restituer cet apport lors de la dissolution du mariage, tel qu'il a été reçu lors de sa célébration. L'idée fondamentale de ce régime est l'immutabilité de la fortune de la femme, sa conservation pendant le mariage à l'écart de toutes les chances de la prospérité et de l'adversité du mari.

Un pareil système n'a pu exister évidemment que dans le mariage libre : mais il eut son premier modèle dans le système du mariage avec *manus;* il naquit d'une imitation adaptée au mariage libre de ce qui avait lieu dans le mariage avec *manus*. Tous les biens de la femme qui tombaient *in manum mariti* étaient acquis au mari à titre universel; il dut paraître naturel, lorsque la femme conservait sa liberté, de transmettre au mari au moins un bien quelconque à titre singulier, soit qu'il fût pris par la femme sur sa fortune particulière, soit qu'il fût donné par le père ou par un tiers en faveur du mariage. On put même transmettre au mari sans la *manus* l'universalité des biens de la femme, et créer ainsi le régime de la constitution générale de dot qui ne se distingue de celui de la *manus* que par une nuance assez délicate.

Nous pourrions dire même que la constitution particulière de dot dut être en usage déjà dans les mariages avec *manus :* quand une fille, en se mariant, sortait de la puissance de son père pour entrer en celle de son mari, elle perdait tous ses droits éventuels à la succession paternelle : souvent alors il dut arriver qu'elle reçut de son père sa part héréditaire par anticipation. L'application de cet usage au mariage libre fut probablement l'origine du régime dotal, dont le premier élément, la dot, se trouve ainsi dans le régime de la *manus;* mais, dans ce régime, le mari, outre la dot qu'il pouvait recevoir lors du mariage, acquérait encore de toute nécessité tout ce qui, dans la suite, pouvait obvenir à la femme; tandis que, dans le régime dotal, il n'acquiert absolument que la dot volontairement constituée.

III. L'inaliénabilité de la dot n'est point de l'essence du régime dotal : jamais dans la jurisprudence romaine elle n'a été considérée comme telle. Nous ne la voyons se produire, en effet, que lorsque le régime dotal est déjà pleinement constitué et généralement suivi depuis longtemps, et elle n'acquiert la force d'un principe général que dans l'époque de décadence de la législation. Auguste le premier introduisit la règle de l'inaliénabilité de la dot; mais il la restreignit dans des limites fort étroites : et ce fut cinq siècles plus tard que Justinien lui donna toute l'extension qu'elle a conservée dans le droit écrit de la France.

Mais s'il n'est point de l'essence du régime dotal que la dot soit inaliénable, ce régime est cependant caractérisé en ce que la dot est toujours destinée à être conservée pendant le

(1) Leg. un., § 4. dig. de rei uxoriæ act.

(2) Ulp., tit. VI. § 4 et 5.

mariage. La conservation de la dot est le vœu principal du législateur, et tous les principes du système se trouvent combinés de manière à arriver à ce but. La loi d'inaliénabilité ne fut que l'une des garanties données à la femme pour la conservation de sa dot. Mais, avant la loi d'inaliénabilité, la conservation de la dot était déjà de règle générale : elle était en effet une conséquence forcée des premiers principes du régime dotal.

Car il faut considérer.

1° Que la femme ne pouvait, pendant le mariage, aliéner sa dot, puisqu'elle n'en était pas propriétaire;

2° Que le mari, propriétaire de la dot, pouvait à la vérité l'aliéner, mais qu'il n'en demeurait pas moins pour cela débiteur envers sa femme lors de la dissolution du mariage, sinon de la dot, du moins du prix qu'il en avait retiré (1);

3° Enfin que la femme ne pouvait, pendant le mariage, demander la restitution de sa dot, et que le mari ne pouvait même la lui restituer valablement avant le temps.

Il suffit de lier entre elles ces trois propositions incontestables pour apercevoir le résultat auquel elles aboutissaient nécessairement : c'est que la dot se trouvait toujours exister encore pour la femme lors de la dissolution du mariage; c'est qu'il ne dépendait ni d'elle, ni de lui, ni même de leur commune volonté, que la dot pût être consumée pendant le mariage.

La conservation de la dot existait donc en principe; mais en fait elle n'était point assurée; car la dot pouvait à la dissolution du mariage ne plus consister qu'en une créance sur le mari, et cette créance pouvait être illusoire par l'insolvabilité du débiteur. C'est pour obvier à ce grave inconvénient, que, dès le temps d'Auguste, on introduisit la règle de l'inaliénabilité, et ensuite l'hypothèque légale de la dot. Mais, malgré toute l'extension donnée depuis à l'inaliénabilité de la dot, malgré toute la faveur accordée aux créances dotales, l'expérience est venue prouver que le but proposé ne pourrait jamais être atteint d'une manière infaillible.

La loi *Julia*, par laquelle Auguste introduisit l'inaliénabilité de la dot ne changea donc rien d'essentiel au système dotal : elle y ajouta seulement une garantie de la conservation de la dot.

Cette loi *Julia de fundo dotali* (2), qui n'est du reste qu'un chef de la loi *Julia de adulteriis*, se lie intimement aux fameuses lois *Julia* et *Pappia Poppœa* : elle fut inspirée par la même pensée politique et conçue dans le même but, l'encouragement des mariages et de la procréation des enfants. La loi *Pappia* poursuivait le veuvage comme un état contraire au bien de la république; la loi *Julia* voulut garantir aux femmes la conservation de leurs dots, afin qu'après la dissolution du mariage elles ne se trouvassent point, par le manque de la dot, dans l'impossibilité d'en contracter un second. C'est en ce sens que doit s'entendre l'intérêt public dont parle la maxime : *interest reipublicæ mulieres dotes salvas habere*, puisqu'elle ajoute *propter quas nubere possunt*. Le jurisconsulte a eu en vue les secondes noces, il veut dire *nubere iterùm*, car la femme qui a une dot à conserver, est déjà nécessairement mariée une première fois (3).

L'intérêt que prenait Auguste à la conservation des dots en considération des seconds mariages a disparu depuis bien des siècles. Dès que le christianisme domina, les secondes noces commencèrent à n'être presque considérées que comme une incontinence licite, et le législateur du Bas-Empire les appelle lui-même funestes (4). L'intérêt de l'État à la conservation des dots peut être moins évident encore dans un pays où l'inaliénabilité de la dot et le régime dotal lui-même ne sont plus qu'une exception tolérée, où le système du droit commun est un régime qui fait participer la femme aux chances de la fortune de son mari et n'apporte aucun obstacle à la dissipation de sa fortune particulière : et cependant la sentence du jurisconsulte romain a traversé la législation du Bas-Empire, et aujourd'hui encore, elle se reproduit avec honneur dans l'école et au barreau.

Il faut convenir du reste que, abstraction faite des motifs de la loi *Julia*, le principe qu'elle introduisit, l'inaliénabilité de la dot, rentre parfaitement dans l'esprit du régime dotal, et qu'il méritait de survivre aux causes spéciales et passagères qui lui avaient donné naissance. N'est-il pas bien juste, en effet, que la jurisprudence, dans un système qui enlève presque entièrement à la femme toute possibilité d'augmenter sa fortune pendant le mariage, prenne en même temps des mesures pour lui assurer du moins la conservation de ce qu'elle apporte à son mari? Et si l'État

(1) Leg. 64. dig. sol. matrim.
(2) *Voy*. Brisson, ad legem Juliam de adulteriis.
(3) Leg. 2 de jure dot; leg. 1. dig. sol. matrim.
(4) Matre jam secundis nuptiis funestatâ. Leg. 3, § 1, dig. de sec. nupt.

n'est plus intéressé à ce que les femmes aient beaucoup d'enfants et à ce que les veuves se remarient, ne l'est-il pas toujours à ce que de bonnes lois assurent autant que possible la paix et l'aisance dans les ménages?

Nous avons déjà observé que le principe de l'inaliénabilité ne se présente dans la loi *Julia* que restreint dans des limites étroites : il ne s'applique qu'au fonds dotal italique, c'est-à-dire à la dot immobilière située dans l'Italie; il ne défend l'aliénation que lorsque la femme n'y consent point; mais il défend l'hypothèque même avec son consentement. Justinien étendit la loi d'inaliénabilité au fonds dotal situé dans les provinces, et il défendit l'aliénation aussi bien que l'affectation hypothécaire même avec le consentement de la femme (1).

Il peut paraître étonnant au premier abord que la loi *Julia* ait prohibé plus strictement l'affectation hypothécaire que l'aliénation de la dot; on a expliqué cette singularité en observant que la femme aurait pu se laisser aller plus facilement à consentir une hypothèque sur sa dot qu'à en permettre l'aliénation. Cette raison n'est pas sans quelque poids : c'est bien à peu près de la même manière que nous voyons le sénatus-consulte Velléien défendre aux femmes de s'obliger pour autrui, et ne les point empêcher cependant de vendre leurs biens et d'en employer le prix à payer des dettes qu'elles n'auraient pu garantir par cautionnement ni par hypothèque. Néanmoins cette disposition de la loi *Julia* me paraît avoir eu des motifs plus graves. La dot n'était point consumée par l'aliénation que faisait le mari avec le consentement de la femme; elle était seulement convertie en argent; elle existait toujours entre les mains du mari; seulement, à la dissolution du mariage, la femme, au lieu de répéter sa dot en nature, en répétait le prix. L'aliénation était donc sans danger, si le mari était solvable, et elle pouvait être avantageuse à la femme. On pouvait ainsi croire avoir assez fait pour la femme en lui donnant le pouvoir d'empêcher l'aliénation lorsque son mari ne lui offrait point des garanties suffisantes pour la restitution du prix en cas de dissolution du mariage. Quant à l'hypothèque, le cas était bien différent : la femme ne pouvait trouver aucun avantage à ce que le mari hypothéquât sa dot; l'hypothèque eût été une charge imposée à la dot sans aucun prix en retour, un péril qu'on lui eût fait courir sans aucune compensation, et le plus souvent pour le seul avantage du mari; elle eût été une véritable intercession de la femme en faveur de son mari; or déjà la jurisprudence tendait à considérer les femmes comme incapables de s'obliger pour leur mari; cette incapacité fut bientôt définitivement consacrée par un édit d'Auguste, puis par le sénatus-consulte Velléien. Une femme n'aurait pu, selon les principes du sénatus-consulte Velléien, hypothéquer ses paraphernaux aux créanciers de son mari; à plus forte raison devait-on l'empêcher de consentir à ce que son mari hypothéquât le fonds dotal.

Bien que la règle de l'inaliénabilité n'eût point touché à l'essence du régime dotal, elle n'en fut pas moins une grave restriction apportée au droit de propriété du mari sur la dot, qui, jusqu'alors, avait été un droit de propriété complet et absolu : elle marqua ainsi le premier pas vers la doctrine, aujourd'hui dominante, qui considère la femme comme demeurant pendant le mariage propriétaire de la dot. On se contenta d'abord de remarquer comme une singularité, que le mari, propriétaire de la dot, ne pouvait point l'aliéner; bientôt on en conclut que la femme ne cessait point entièrement d'en être propriétaire; on dit qu'elle en conservait la propriété naturellement (2), et on n'attribua plus au mari qu'un domaine imparfait et résoluble, assimilé à celui du grevé de substitution; enfin la jurisprudence moderne a pu rejeter comme une fiction du vieux droit, le principe qui établissait le mari maître de la dot, et le considérer comme n'étant guère autre chose qu'un usufruitier.

IV. La jurisprudence vint renforcer le principe fondamental de la séparation des biens des époux et de la conservation de la dot par l'introduction de deux règles des plus importantes : la prohibition des donations entre époux et la nullité des obligations contractées par la femme pour le compte de son mari. On pourrait aussi, je pense, rattacher à la même pensée, la présomption de droit que nous connaissons par la fameuse loi *Quintus Mucius* (51 *dig. de donationibus inter virum et uxorem*), d'après laquelle toute acquisition faite par la femme pendant le mariage est censée faite des deniers du mari; car la jurisprudence en même temps qu'elle protégeait la fortune de la femme contre le mari, devait tendre également à ce qu'elle ne pût s'augmenter aux dépens de celui-ci.

(1) Leg. un. cod. de rei uxoriæ actione.

(2) Naturaliter in ejus permanserit dominio. Leg. 30, cod. de jure dot.

La prohibition des donations entre époux paraît remonter à une haute antiquité : quelques jurisconsultes (1) reportent son origine au delà même de la loi des Douze Tables et la considèrent comme une tradition du mariage avec *manus;* cette opinion n'est point sans quelque probabilité ; car il est bien certain que le système de la *manus* excluait toute possibilité de donation du mari à la femme et de la femme au mari. Caracalla, dans son édit sur les donations entre époux, parle de cette prohibition comme d'une ancienne jurisprudence : *majores nostri*, dit-il, *inter virum et uxores donationes prohibuerunt* (2), et Ulpien nous enseigne qu'elle fut introduite par l'usage, *moribus receptum est* (3).

Le sénatus-consulte Velléien défendit aux femmes en général toute intercession, c'est-à-dire toute obligation contractée pour autrui. Mais, du moins pour ce qui concerne les intercessions des femmes mariées en faveur de leurs maris, il ne fut, comme l'édit de Caracalla, sur les donations entre époux, que la confirmation d'une jurisprudence déjà établie depuis longtemps. Ulpien nous a conservé le souvenir des édits d'Auguste et de Claude, qui avaient prononcé la nullité de cette sorte d'engagement (4).

La prohibition du sénatus-consulte Velléien s'étendait jusqu'à la renonciation que pourrait consentir une femme à des droits de gage ou d'hypothèque en faveur d'un autre créancier du même débiteur (5). Il est facile de concevoir par là de quelle importance dut être ce sénatus-consulte pour la conservation des créances dotales : non-seulement la femme ne put contracter des dettes pour le compte de son mari, mais elle ne put cautionner ses obligations ni même céder à des créanciers du mari les priviléges ou les hypothèques de sa dot, ni renoncer en leur faveur à ses actions contre son mari. En un mot, le sénatus-consulte Velléien dut atteindre le même but auquel aboutit chez nous la jurisprudence établie de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

Il est vrai de dire que toute l'efficacité du sénatus-consulte Velléien dut disparaître sous les exceptions introduites par les lois d'Anastase et de Justinien (6) ; surtout si l'on admet, avec quelques interprètes, que ces lois aient consacré la validité de la renonciation faite par l'acte même d'obligation au bénéfice du sénatus-consulte Velléien. Mais, si ces exceptions admises dans le dernier état de la législation romaine affaiblirent considérablement la règle, elle ne fut cependant jamais abolie.

C'est ainsi que, dans les progrès du droit de la dotalité, tout concourt vers un seul but, la conservation de la dot : ce but est l'âme du système : la loi d'inaliénabilité, la prohibition des donations entre époux ; le sénatus-consulte Velléien y tendent également. Mais le moyen principal par lequel la conservation de la dot fut d'abord assurée est la prohibition de la restitution de la dot pendant le mariage. Nous avons déjà mentionné ce principe ; mais il ne sera pas inutile d'y revenir pour terminer, et d'en préciser l'étendue et les motifs (7).

La règle qui établit cette prohibition est double : elle refuse à la femme le droit d'exiger avant la dissolution du mariage la restitution de sa dot ; elle refuse au mari la faculté de restituer la dot même volontairement.

On conçoit sans peine les motifs pour lesquels il ne peut être permis à la femme de demander la restitution de sa dot tant que dure le mariage. La dot a été donnée au mari pour supporter les charges du mariage ; elle ne peut être distraite de sa destination légale. Une seule exception est faite à cette règle : la femme a le droit d'exiger pendant le mariage la restitution de sa dot, si le mari cesse de lui offrir des garanties suffisantes. Cette exception elle-même est ainsi un nouveau témoignage de la sollicitude du législateur pour la conservation des dots : elle correspond à la séparation de biens de notre droit français. La femme qui obtient pour cette cause la restitution de sa dot n'en recouvre point, à proprement parler, la pleine propriété, mais la simple administration seulement. La dot entre ses mains demeure affectée comme par le passé aux charges de la vie commune des époux : la femme l'administre ; mais elle doit, comme le mari, en consacrer les revenus

(1) Heineccius, Antiquitates, lib. II, tit. VII, § 18. Scip. Gentilis, de donationibus int. vir. et ux. lib. I, cap. 3.

(2) L. 3 pr. dig. de don. int. vir. et uxor.

(3) L. 1. dig. de don. int. vir. et ux.

(4) L. 2. pr. ad S. C. Velleianum.

(5) L. 17. § 1. dig. ad. S. C. Velleianum, *Ibique* Cujas. ad africanum.

(6) L. 21, 22, 23, 24 et 25. cod. ad. S. C. Velleianum.

(7) *Voy.*, pour ce qui suit, Franke, *De la restitution de la dot pendant le mariage*, dans les Archives de la pratique civile (allemand), tom. XVII, n° 16, et tom. XVIII, n° 1.

à l'entretien de la famille sans pouvoir jamais l'aliéner (1).

Les motifs de la prohibition d'une restitution volontaire sont moins apparents, et ils ont échappé à un grand nombre des plus habiles commentateurs. On trouve généralement répandue l'opinion qui lie cette prohibition à celle des donations entre époux. La restitution de la dot est prohibée, dit-on, parce qu'elle serait une donation du mari à la femme (2).

Il faut convenir que la restitution anticipée de la dot présente effectivement les caractères d'un avantage fait à la femme par le mari. Quelques textes, qui en font positivement la remarque (3), ont induit les auteurs à attacher plus d'importance qu'elle n'en méritait, à une rencontre purement accidentelle, et les ont empêchés de fixer leur attention sur les caractères particuliers de la restitution anticipée, sur ses conséquences et sur les vrais motifs pour lesquels elle est par elle-même illicite.

Il est bien facile cependant de démontrer que la restitution anticipée de la dot n'est point illicite uniquement parce qu'elle serait un avantage entre époux. Si cela était, elle serait soumise aux mêmes règles que les donations entre mari et femme : or il suffit de parcourir les textes pour s'apercevoir qu'elle est régie par des principes tout à fait différents. Ainsi, tandis qu'une donation est confirmée par le prédécès de l'époux donateur persistant dans la même volonté, la restitution anticipée de la dot n'est point validée par le prédécès du mari (4) ; ainsi, il y a lieu à répétition des fruits et intérêts de la dot restituée avant le temps (5), tandis qu'il est de règle certaine que les fruits et intérêts des choses données par un époux à l'autre ne peuvent être répétés; ainsi encore les exceptions à la règle de la non-restitution de la dot pendant le mariage et celles à la règle de la prohibition des donations entre époux sont entièrement différentes ; de quelque manière qu'on puisse résoudre les difficultés nombreuses que présente l'interprétation des textes où sont spécifiés les cas dans lesquels le mari peut rendre la dot pendant le mariage, il sera toujours impossible d'admettre que, dans les mêmes cas ou pour les mêmes causes, une donation du mari à la femme serait valable et irrévocable. Enfin, ce qui est la différence la plus remarquable, la prohibition des donations entre époux n'a d'autre effet que celui d'attribuer à l'époux donateur la faculté de reprendre la chose donnée; les conséquences d'une restitution anticipée de la dot sont en outre que le mari n'est point valablement libéré; il demeure encore à l'époque de la dissolution du mariage sujet à l'action en restitution de la dot (6).

La vraie cause de la prohibition de restituer la dot pendant le mariage est uniquement en ce que cette prohibition était indispensable pour la conservation de la dot. Elle était plus nécessaire pour atteindre ce but de la loi que la règle de l'inaliénabilité. Car, dans un système qui donnait au mari la propriété des choses dotales, l'aliénation qu'il en pouvait faire ne faisait que changer la nature de la dot, mais ne la consumait point; tandis que, si on lui eût permis de la restituer à la femme pendant le mariage, il en serait résulté que celle-ci aurait pu dissiper sa dot et se trouver ne plus rien avoir à l'époque de la dissolution. La restitution de la dot pendant le mariage n'aurait pu être qu'un moyen d'arriver à la consumer. C'était donc cette restitution anticipée qu'il fallait d'abord et de toute nécessité empêcher pour assurer la conservation de la dot. Le résultat de cette prohibition fut que la femme se trouva toujours à l'époque de la dissolution du mariage avoir encore sa dot au moins en une créance sur son mari. La loi d'inaliénabilité du fonds dotal fut ensuite une mesure de sûreté pour les cas où cette créance aurait pu être illusoire par l'insolvabilité du mari.

La prohibition de restituer la dot pendant le mariage souffre quelques exceptions. Nous ne nous arrêterons point à interpréter les textes difficiles qui les énumèrent; qu'il nous suffise d'observer que ces exceptions comprennent les divers cas où la nécessité force les époux à recourir à la dot comme à une dernière ressource : il est bien indiqué par là que le but ordinaire de cette restitution était de dépenser la dot si elle consistait en argent, de l'aliéner si elle consistait en immeubles.

Chez nous la règle prohibitive de la restitution de la dot pendant le mariage s'est confondue dans celle de l'inaliénabilité. Aujour-

(1) L. 29. cod. de jure dotium.

(2) *Voy.* Hasse, Explication de la loi 73, § 1, dig. de jure dotium, et de la loi 20, dig. soluto matrim., dans le Journal (allemand) de la jurisprudence historique, tom. V, n° 9.

(3) L. 28, dig. de pactis dotalibus. L. unica cod. si dos constante matrim.

(4) Arg. ex leg. 1. § 5. dig. de dot. prælegatâ.

(5) Leg. un. cod. si dos constante matr.

(6) L. 27, § 1, dig. de religiosis. L. 1, § 5. dig. de dote prælegatâ.

d'hui, en effet, la propriété de la dot n'est plus censée reposer sur la tête du mari, et l'aliénation, quand elle peut avoir lieu, est faite directement par la femme sans qu'elle ait besoin de se faire préalablement restituer ce qui n'a jamais cessé de lui appartenir. C'est pourquoi les exceptions que l'ancien droit romain admettait à la règle prohibitive de la restitution de la dot pendant le mariage se sont reproduites dans le Code civil sous la forme d'exception à la règle de l'inaliénabilité de la dot.

Après ces recherches sur le régime dotal de l'ancien droit romain, il nous reste à examiner une institution curieuse et importante qui vint dans le Bas-Empire donner une physionomie nouvelle au système dotal de l'époque classique. La donation appelée *ante nuptias* ou *propter nuptias* fera le sujet d'un prochain article.

(*Revue de Législation.*)

LVI.

REVUE ANALYTIQUE

DE DIVERS ARTICLES PUBLIÉS DANS LES RECUEILS.

De la révision des lois PAR GOUPILN DE PRÉFELN. — *Revue de législation*, t. I, p. 417. t. II, p. 100.

Les lois sont imparfaites sous plusieurs rapports : elles le sont quand elles ne consacrent pas les règles les plus sages, les plus justes, les plus conformes aux intérêts des pays. Elles le sont aussi quand elles n'expriment pas clairement les règles qu'elles veulent consacrer; car s'il nous importe de n'obéir qu'à des lois sages, il nous importe encore plus peut-être de savoir à quelles lois nous devons obéir. — Après avoir énoncé cette vérité M. de Préfeln cite différents exemples de textes obscurs et incomplets dans nos lois civiles. — L'action de la jurisprudence considérée comme supplément à la loi, lui parait en théorie une grande anomalie quant à la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire; il fait remarquer le temps assez long avant lequel s'établit la jurisprudence et les dangers de ses variations. Quand une loi change, dit-il, ce n'est que pour l'avenir; les citoyens sont avertis qu'ils doivent obéir à une loi nouvelle; mais tout changement de jurisprudence est essentiellement rétroactif, puisque l'on croyait agir valablement sur la foi d'une jurisprudence tout à coup renversée. Des exemples puisés dans les règles de la procédure viennent à l'appui de cette observation. — La législation laisse donc trop souvent à l'autorité des arrêts une tâche qui devrait être la sienne; et il arrive alors que l'on tombe dans une confusion effrayante : la loi est insuffisante, la jurisprudence incertaine, les tribunaux deviennent une arène où l'on se combat, soit par des arguments qui ne résolvent pas les questions, soit par des arrêts contradictoires. — Pour éviter ces abus, M. de Préfeln voudrait qu'on se décidât à la révision partielle des lois, quand elles ont besoin d'interprétation ou de correctif. Pour arriver à ce but, il conseille d'étudier, comme le firent Justinien et ses conseillers, les monuments de la jurisprudence et les commentaires; mais de ne pas se borner comme eux à y puiser des fragments pour les entasser sans liaison et sans ordre dans un nouveau digeste : « Étudions-les, dit-il, pour y reconnaître bien nettement les difficultés qui se sont rencontrées, la cause qui les a fait naître et par là même le moyen de les faire cesser. » — Comme exemples heureux de cette

Table des Matières

CONTENUES DANS LE DEUXIÈME VOLUME.

FIN DE LA TABLE.

